

**I krysningspunktet mellom *jus* og strategi:
Distinksjonsprinsippet i
ikke-internasjonalt væpnet konflikt**



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 551
Leveringsfrist: 25. nov. 2010

Til sammen 17450 ord

Forord, innholdsfortegnelse, registre, litteraturliste og vedlegg medregnes ikke

25.11.2010

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDENDE DEL</u>	1
1.1	Presentasjon av oppgave og problemstilling	1
1.1.1	Avgrensninger	3
1.1.2	Oppbygging av oppgaven	4
1.2	Rettskildefaktorer i krigens folkerett	5
1.2.1	Generelt om folkerettslige rettskilder	5
1.2.2	Relevante konvensjonsbestemmelser	6
1.2.3	Sedvanerettsutvikling i krigens folkerett	7
1.3	Når kommer krigens folkerett til anvendelse?	8
1.3.1	Tilstedeværelse av væpnet konflikt	9
1.3.2	Hvilken situasjon reguleres som en ikke-internasjonale væpnet konflikt?	10
1.3.3	Terskel mot intern uro og sporadisk vold	12
1.4	Hvordan reguleres interne væpnede konflikter?	14
1.4.1	Overordnede utviklingstrekk og rettslige uklarheter	14
1.4.2	Nærmere om relevante rettsregler	18
1.4.3	Generelle konklusjoner om rettsgrunnlag	21
2	<u>DISTINKSJONSPRINSIPPET</u>	22
2.1	Distinksjonsprinsippets formål og innhold	22
2.1.1	Definisjoner	25
2.2	Strategiske og operasjonelle utfordringer i interne konflikter	26
2.2.1	Hvem er de stridende og hvilken status har de?	27
2.2.1.1	Uklarheter om individuell status grunnet <i>internasjonalisering</i>	28
2.2.1.2	Summarisk oversikt internasjonalisering	30
2.2.2	Hva er konfliktens strategiske mål?	30
2.2.3	Utfordringer med krigføringmetoder og operasjonsområde	32
2.2.4	Hva betyr økende deltakelse fra ikke-militære styrker?	34
2.3	Rettslige vurderinger mht. regler for de stridendes midler og metoder	35
2.3.1	Direkte angrep på sivile mål	35

2.3.1.1	Hvilket ansvar har de stridende til å skille seg ut fra sivilbefolkningen?	36
2.3.1.2	Når vil sivile kunne være lovlige mål?.....	39
2.3.1.3	Angrep eller trussel om angrep på sivile	42
2.3.1.4	Angrep på sivile gjenstander	43
2.3.1.5	Angrep på humanitær innsats	44
2.3.2	Vilkårlige angrep	44
2.3.2.1	Hva kan regnes som et militært mål?	46
2.3.2.2	Hvordan ivareta hensynet til proporsjonalitet?.....	50
2.3.3	Krav om forholdsregler ved planlegging av militære operasjoner.....	52
2.3.3.1	Krav om forholdsregler mot effekter av krigføring.....	55
2.3.4	Oppsummering	56
<u>3</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>57</u>
<u>4</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>59</u>
<u>5</u>	<u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V</u>	<u>A</u>
<u>6</u>	<u>VEDLEGG</u>	<u>A</u>
	A. Sedvanerettsregler i ICRC 2005 (utvalg).....	<u>A</u>

1 Innledende del

"War no longer exists....war as a battle in a field between man and machinery, war as a massive deciding event in a dispute in international affairs....such war no longer exists.."

British General Rupert Smith¹

1.1 Presentasjon av oppgave og problemstilling

Internasjonal humanitær rett (IHL) er den delen av folkeretten som regulerer væpnede konflikter.² Regulering av krigføring, den såkalte *jus in bello*,³ har dype historiske røtter i alle kulturer. På tross av sin iboende grusomhet er krigen likevel ikke unntatt visse regler. I stor grad har dette vært uskrevne regler, og det er først i moderne tid at det etter hvert har fremkommet internasjonale avtaler som systematisk regulerer krigføringen, inkludert en form for begrensning på voldsutøvelsen.⁴

Midler de stridende kan bruke er ikke ubegrenset.⁵ I opplysningstiden kom en anerkjennelse om at krig var en aktivitet mellom stater og ikke individer.⁶ Det ville være tilstrekkelig med å uskadeliggjøre fiendens stridende for å oppnå formålet om å beseire en fiendtlig stat. Fiendtlige handlinger skulle derfor kun rettes mot fiendens væpnede styrker og ikke en sivilbefolkning som ikke deltok i konflikten. Dette prinsippet la videre fundamentet for humanitærrettens *distinksjonsprinsipp* om å skille mellom de stridende og sivile.⁷ Gjennom felles artikkel 3 til Genèvekonvensjonene av 1949⁸ ble

¹ Rupert Smith, *The utility of force: The art of war in the modern world*, 2007 – s. 404

² I denne oppgaven vil jeg omtale humanitærrett, krigsrett, krigens lover, krigens folkerett, lov om væpnet konflikt osv. som synonyme begreper på det samme rettsområdet, selv om det kan diskuteres hvorvidt det finnes nyanseforskjeller i alle disse begrepene.

³ Det latinske uttrykket *jus in bello* betyr "krigens lov", dvs. regler for hvordan krig skal føres i motsetning til *jus ad bellum* som omhandler selve retten til å benytte væpnet makt (Kolb 2008 kap 2&3).

⁴ Se f eks Fleck (2008) s.15-23, Dahl (2008) s. 53-56, Green (2008) s.27-36, Sassòli og Bouvier (2006) s. 121-123, og Johansen og Staib (2009) s. 166-173

⁵ Haagkonvensjonen av 1907, Anneks IV, Art. 22

⁶ Johansen og Staib (2009) s. 170

⁷ Fleck (2008) s. 20 para 113. Se også Johansen og Staib (2009) s. 170

også enkelte grunnleggende beskyttelsesregler i interne konflikter inkludert i humanitærretten. Samtidig etablerte dette også et juridisk skille mellom regulering av internasjonale væpnede konflikter på den ene siden, og såkalte ikke-internasjonale væpnede konflikter på den andre siden. Denne dikotomien i IHL eksisterer også i dag.

Tema i denne oppgaven er humanitærrettens *distinksjonsprinsipp*, og tilhørende militærstrategiske og rettslige problemstillinger, i interne konflikter. Konkret er problemstillingen å *avklare hvordan humanitærrettens distinksjonsprinsipp skal forstås og anvendes i ikke-internasjonale konflikter*. Til dette vil jeg 1) redegjøre for *spesielle militærstrategiske og operasjonelle utfordringer distinksjonsprinsippet står overfor i slike konflikter*, og 2) drøfte på hvilken måte disse kan relateres til den *rettslige forståelsen og anvendelsen* av sentrale regler for begrensninger på de stridendes midler og metoder i krigføringen.

Humanitærretten har først og fremst regulert internasjonale væpnede konflikter i betydning stat-til-stat konflikter og i liten grad interne konflikter.⁹ Dagens konfliktmønster er derimot at interne konflikter er de dominerende,¹⁰ og sivile er i økende grad utsatt i de væpnede konflikter som eksisterer. I en rapport fra FNs generalsekretær til FNs sikkerhetsråd i 1999 om *beskyttelse av sivile i væpnede konflikter*¹¹ understrekes det til eksempel tydelig et behov for kontinuerlig fokus på sivilbefolkningens beskyttelse fra effekten av krigføring;

“...hardly a day goes by where we are not presented with evidence of the intimidation, brutalization, torture and killing of helpless civilians in situations of armed conflict. Whether it is mutilations in Sierra Leone, genocide in Rwanda, ethnic cleansing in the Balkans or disappearances in Latin America, the parties to conflicts have acted with deliberate indifference to those conventions. Rebel factions, opposition fighters and Government forces continue to target innocent civilians with alarming frequency.”

I interne konflikter kan distinksjonsprinsippet møte utfordringer i større grad enn ved mellomstatlige konflikter på flere måter, både politisk, militærstrategisk og rettslig. For

⁸ Felles artikkel 3 gir et minimum av humanitær beskyttelse til *alle* personer som ikke aktivt deltar i stridighetene i ikke-internasjonale konflikter, og innehar status som sedvanerett.

⁹ Kolb (2008) s. 257

¹⁰ Marshall and Cole (2009) *Global Report 2009 Conflict, Governance, and State Fragility* s. 5-6

¹¹ UN doc S/1999/957 s. 1

det første er det ofte vanskeligere å skille de stridende fra sivilbefolkningen da opprørere gjerne vil mangle uniformering eller andre kjennetegn som tydeliggjør at de er stridende, samtidig som selve krigføringen i større grad også vil foregå blant en sivilbefolkning. Sivile vil også i større eller mindre grad være direkte involvert i støtten til opprørere. Dette kompliserer bildet av hvem som er legitime mål, og øker sannsynligheten for at sivile feilaktig kan bli angrepet. Derneft er det også en kjensgjerning at det i interne konflikter i større grad vil kunne være tilfeller hvor angrep på sivile vil være et mål i seg selv med krigføringen. Interne konflikter preges også at minst den ene parten er dårlig organisert¹² og ofte har dårlig utstyr¹³ som ikke evner å skille mellom militære og sivile mål, eller at omstendighetene ikke tillater at krigføringemetoden kan ta slike hensyn i stor grad. I økende grad benyttes også sivil innsats i tillegg til den militære fra eksterne aktører, og dette kan også påvirke at distinksjonsprinsippet utfordres.

Rettstilstanden for interne konflikter har også endret seg betydelig de siste 30 år, siden Tilleggsprotokoll nr. II av 1977, grunnet utviklingen innenfor sedvanerett.¹⁴ I hovedsak har dette skjedd av humanitære årsaker, og utviklingen er først og fremst blitt synlig gjennom arbeidet til tribunalet for krigsforbrytelser i Jugoslavia (ICTY) og Rwanda (ICTR), etableringen av den permanente internasjonale straffedomstolen (ICC), og er også kommet klart til uttrykk i den omfattende sedvanerettsstudien til Den internasjonale Røde Kors-komiteen (ICRC) av 2005.¹⁵ Som en del av dette er det også blitt tydeliggjort hvordan menneskerettigheter i stor grad også er gjeldende i væpnet konflikt og ikke bare i fredstid. Dette betyr videre at det i dag eksisterer en mer omfattende rettslig regulering av interne konflikter enn hva som tilsynelatende fremkommer i humanitærrettens konvensjoner og traktater.¹⁶

1.1.1 Avgrensninger

Grunnet oppgavens begrensninger har jeg foretatt avgrensninger mot:

- Spørsmål knyttet til *jus ad bellum*

¹² En dårlig organisering kan til eksempel medføre at det vil være vanskelig for den andre part å føre forhandlinger om avtaler, og opprørerne vil kunne være dårlig i stand til å ta seg av syke og sårede.

¹³ Fleck (2008) s. 613

¹⁴ Crawford (2010) s. 29

¹⁵ Referanser til denne studien vil i resten av oppgaven bli notert som ICRC 2005.

¹⁶ Sassòli og Bouvier (2006) s. 250

- En nærmere diskusjon av rettsregler for beskyttelse av særskilte personer som sanitetspersonell og feltprester, sårede og syke og skipbrudne opprørsoldater, og tilfangetatte opprørsoldater
- En redegjørelse for ”beskyttede gjenstander”, jf. kulturverdikonvensjonen av 1954.
- En detaljert redegjørelse for konkrete våpentyper med tilhørende konvensjoner. Oppgaven berører kun det mer prinsipielle ift. lovlige midler sett opp i mot distinksjonsprinsippet.
- En detaljert redegjørelse av grunnleggende garantier, inkludert omtale av menneskerettighetenes anvendelse på interne konflikter. Sistnevnte tema er veldig aktuelt, men også såpass omfattende at det ikke er tilstrekkelig med tilgjengelig plass til å inkludere dette.
- Forbrytelser mot menneskeheten. Selv om de fleste brudd skjer i en tilknytning til en intern væpnet konflikt, er denne forbrytelsen likevel ikke avhengig av en slik kobling. Er etablert som en distinkt internasjonal forbrytelse på lik linje med krigsforbrytelser.
- En nærmere redegjørelse for rettsforfølging. I enkelte tilfeller vil aktuelle bestemmelser om krigsforbrytelser iht. statuttene til den internasjonale straffedomstol (ICC) likevel nevnes.

1.1.2 Oppbygging av oppgaven

I den innledende delen presenteres først oppgavens tema og problemstilling. Videre redegjøres kort hvilke rettskilder som gjelder i krigens folkerett generelt. Det foretas deretter en redegjørelse for når humanitærretten gjelder, da det i ikke-internasjonale konflikter vil være en gråsoner mot intern uro og sporadisk vold hvor humanitærretten *ikke* vil være gjeldende, og deretter for reguleringen av interne konflikter spesielt. Siden det har vært en nokså stor utvikling av sedvanerett innenfor regulering av ikke-internasjonal væpnet konflikt omtales utvikling av sedvane noe nærmere da sedvane danner mye av basisen for drøftingen av aktuelle regler i kapittel 2.

I kapittel 2 foretas en grundigere drøfting av oppgavens tema. I kapittel 2.1 redegjøres det nærmere for distinksjonsprinsippet formål og innhold. Deretter gjennomgås i kapittel 2.2 enkelte militærstrategiske og operasjonelle utfordringer som kan eksistere ved distinksjonsprinsippet i spesielt interne konflikter. Med dette som bakgrunn foretas så i kapittel 2.3 en mer rettslig vurdering av regler tilknyttet begrensninger på de stridenes midler og metoder i ikke-internasjonal væpnet konflikt,

sett i relasjon med de mer strategiske og operasjonelle utfordringene. Avslutningsvis foretas en oppsummering med konklusjon.

1.2 Rettskildefaktorer i krigens folkerett

1.2.1 Generelt om folkerettslige rettskilder

Et alminnelig uttrykk for rettskildene i folkeretten finnes beskrevet i statuttene for Den internasjonale domstol (ICJ) art. 38 (1) som refererer til at retten skal bruke (a) internasjonale konvensjoner, (b) internasjonal sedvane, (c) alminnelige rettsprinsipper anerkjent av siviliserte nasjoner, (d) og som sekundære kilder domsavgjørelser og juridisk teori. Konvensjoner er folkerettslige bindende avtaler mellom stater, og etablerer konkrete rettigheter og plikter som er bindene mellom partene ved ratifisering. Av den grunn anses disse også som en fundamental rettskilde og naturlig utgangspunkt for å ta rede på gjeldende rett¹⁷ selv om disse i utgangspunktet kun binder de stater som har ratifisert avtalen. Tolkning av traktater følger normalt retningslinjene i Wien-konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969 som av ICJ er ansett som sedvane.¹⁸

Sedvaneretten er også en meget sentral kilde i folkeretten. Sedvanerett regnes som den uskrevene rett som er utviklet på bakgrunn av staters atferd praktisert under en oppfattelse av å være i tråd med gjeldende rett. Dette betyr at for at staters praksis skal kunne bidra til utvikling av sedvanerett må statenes atferd også være motivert av å følge en norm basert på en juridisk forpliktelse, eller bindende regel. Således kan sedvanerett sies å være basert på staters langvarige praksis og *opinio juris*.¹⁹ Sedvaneretten har sin klare fordel i at mens konvensjonene bare er bindende mellom de stater som har ratifisert disse, binder sedvaneretten derimot samtlige stater uten å være avhengig av noen form for godkjenning fra disse statene med unntak av såkalte *persistent objectors*. Sedvaneretten kan dermed komplimentere områder innenfor folkeretten som har få konvensjoner, eller få land har ratifisert.

Domsavgjørelser vil prinsipielt ikke danne presedens, men kun være direkte bindende for sakens parter og det gjeldende saksforhold.²⁰ Dette gjenspeiles også ved at

¹⁷ Kolb (2008) s. 52

¹⁸ Ruud (2002) s. 69-73

¹⁹ Kolb (2008) s. 51

²⁰ Dahl (2008) s. 27. Se også ICJ statuttene art. 59

rettspraksis kun anses som en subsidiær rettskilde i art. 38 første ledd i ICJ-statuttene. Dette forhindrer likevel ikke at en dom vil kunne spille stor tyngde ved behandling av et lignende tilfelle senere eller at vurderinger av prinsippsspørsmål er interessante for senere tilfeller.²¹ Hvilken domstol som har utarbeidet dommen har imidlertid stor betydning.²² Også ekspertuttalelser og juridisk teori vil være relevante rettskilder og kan ha gjennomslagskraft. ICJs statutter anser dette imidlertid som en subsidiær rettskilde og vil kun være veiledende.²³ De sentrale rettskildene i internasjonal rett er konvensjoner (traktater) og sedvane.²⁴

1.2.2 Relevante konvensjonsbestemmelser

Innenfor krigens folkerett ble de første konvensjonene etablert på 1800-tallet og det finnes i dag en stor mengde med konvensjonsbestemmelser. Dette også fordi nedskrevne regler har den fordel fremfor sedvane at de er relativt mer tilgjengelige og presise. I tillegg vil også en tilstrekkelig aksept av konvensjonene bidra til å utvikle ny sedvane basert på traktatene. Dermed vil også andre stater enn de som har ratifisert avtalen være bundet. Denne oppgaven vil omhandle distinksjonsprinsippet i krigens folkerett, og de mest sentrale konvensjonene vil være Genèvekonvensjonene I-IV av 12. august 1949 med Tilleggsprotokoll nr. I og II av 8. juni 1977, Haag-konvensjonen for beskyttelse av kulturelle gjenstander i væpnet konflikt av 14. mai 1954 med tilhørende tilleggsprotokoller av 1954 og 1999, konvensjonen om forbud og restriksjoner på bruk av visse konvensjonelle våpen av 10. oktober 1980, med tilhørende protokoller, samt tillegg til artikkel 1 av 21. desember 2001, og Roma-statuttene for den internasjonale straffedomstol av 17. juli 1998. I Genèvekonvensjonene og Tilleggsprotokollene er det

²¹ Dahl (2008) s. 27. Se også Solis (2010) s. 16-17

²² Særlig dommer fra ICJ og tribunalene for krigsforbrytelser i det tidligere Jugoslavia (ICTY) og Rwanda (ICTR) har hatt stor betydning, og dommer fra den internasjonale straffedomstolen (ICC) vil trolig få det. Nasjonale domsavgjørrelser er også relevante rettskilder og blir brukt som referanse både av internasjonale domstoler og som basis for sedvanerett. I denne oppgaven vil til eksempel uttalelser fra ICTY og ICJ bli henvist til som uttrykk for en rettstilstand.

²³ Eksempler er *International Institute of Humanitarian Law* i San Remo og *Institute of International Law* som blant annet har utgitt ”*the Oxford Manual of the Law of War on Land*”. Også kommentarene til Genèvekonvensjonene og tilleggsprotokollene er eksempel på ekspertuttalelser av stor betydning.

²⁴ Kolb (2008) s. 51

imidlertid kun felles artikkel 3 og Tilleggsprotokoll nr. II som direkte regulerer ikke-internasjonalt væpnet konflikt.

1.2.3 Sedvanerettsutvikling i krigens folkerett

Sedvanerettens betydning for å utfylle områder som har få konvensjoner, eller få land har ratifisert, er spesielt stor innenfor regulering av ikke-internasjonalt væpnet konflikter hvor regelverket er svakt utbygd. Vesentlige deler av denne oppgaven vil av den grunn derfor også baseres på sedvanerett. Den relativt raske utviklingen av sedvanerett innenfor ikke-internasjonale væpnede konflikter er også et eksempel på at sedvaneretten er mer dynamisk og fleksibel enn konvensjoner. Innen krigsretten er det også rimelig å anta at de regler som er uttrykt i konvensjoner samtidig er et uttrykk for gjeldende sedvane dersom ikke en anseelig mengde av stater eksplisitt gir uttrykk for at de ikke oppfatter at dette er tilfelle.²⁵ Dette understøttes også av ICJ.²⁶

En spesiell utfordring for utvikling av sedvanerett i IHL er imidlertid også knyttet til hvordan staters verifiseres. På den ene siden er det utfordringer knyttet til at den tradisjonelle teori for å se etter staters praksis ikke nødvendigvis kan benyttes direkte. Å følge staters *praksis* innenfor dette området vil bety å basere sedvaneretten på hvordan krigførende faktisk utøver krig. Disse er ikke mange, og det kan være vanskelig å identifisere den virkelige atferden, både av praktiske hensyn, men også grunnet at det i krig vil være mye propaganda som manipulerer fakta og søker hemmeligholdelse. I tillegg består staters atferd også av mye unnlatelser.²⁷ De faktiske handlinger utføres også av individer som statene ikke nødvendigvis har full kontroll over, og på den måten ikke er et uttrykk for statens holdning til handlingen. Derimot vil da bestemmelser i for eksempel militære manualer få økt betydning for å undersøke en stats praksis. Imidlertid er også deler av USAs kritikk til ICRC at det er lagt for *mye* vekt på militære manualer i sedvanerettsstudien. Dette baseres på en oppfattelse av at manualer ofte vil referere til inngåtte konvensjoner mer som retningslinjer enn lov, i tillegg til at stater gjerne også inkluderer veiledning.²⁸ Når det gjelder staters praksis, kan det på den annen side også hevdes at det skal legges spesielt vekt på praksis til *specially affected states*. I IHL betyr

²⁵ Kolb (2008) s. 58

²⁶ ICJ 1996, *Nuclear Weapons Advisory Opinion*, para 82

²⁷ Kolb (2008) s. 58

²⁸ Bellinger and Haynes (2007) s. 446-447

dette å legge spesielt vekt på praksisen til de stater som gjentatte ganger har vært involvert i konflikter og således har lang erfaring med de forhold som berøres, som for eksempel Israel, USA, Storbritannia og Frankrike. At dette ikke i tilstrekkelig grad er blitt tatt hensyn til, er fra USA også fremmet som en metodemessig bekymring mht. resultatet²⁹ i studien, i tillegg til at det også stilles kritiske bemerkninger til at ICRC i for stor grad kun har brukt staters praksis som uttrykk for *opinio juris*, og ikke vurdert dette separat i tilstrekkelig grad.³⁰

I dag aksepterer de fleste stater at essensen av sedvanerettsreglene knyttet til krigføringmetoder gjelder alle typer væpnet konflikt,³¹ selv om enkeltregler fortsatt kan være omstridt. For å etablere en oversikt over gjeldende sedvanerett innenfor humanitærretten har som nevnt ICRC foretatt en omfattende studie som ble offentliggjort i 2005. Studien viste at et overraskende stort antall regler som tradisjonelt bare gjaldt internasjonale væpnede konflikter også gjelder i ikke-internasjonale væpnede konflikter. Når det gjelder regler for ikke-internasjonale væpnede konflikter har også San-Remo instituttet nylig utarbeidet en oversikt over de viktigste sedvanerettslige regler,³² og i denne oppgaven vil jeg som forutsetning basere diskusjon på at begge disse kildene uttrykker gjeldende sedvanerett.³³

1.3 Når kommer krigens folkerett til anvendelse?

Distinksjonsprinsippet er en del av internasjonal humanitærrett, og humanitærretten gjelder kun i væpnet konflikt. Dersom et opprør ikke kvalifiserer til væpnet konflikt, vil dette kun reguleres av nasjonal lovgivning.³⁴ Også grensesnitt mot *internasjonal* væpnet konflikt er viktig mht. å avklare *hvilke* regler i krigens folkerett som kommer til

²⁹ Ibid s. 455 – Eks. regel 45 “*The use of methods or means of warfare that are intended, or may be expected, to cause widespread, long-term and severe damage to the natural environment is prohibited*”.

³⁰ Bellinger and Haynes (2007) s. 446

³¹ ICRC 2005 forord side x. Se også ”Introduksjon” side xxviii og xxix.

³² Referanser til San-Remo manualen vil bli referert fremover som SR 2006

³³ Til sedvanerett i krigens folkerett kan også *Martens-klausulen* nevnes. Klausulen er en ”sikkerhetsventil” i erkjennelsen av at alle tenkelige situasjoner og forhold ikke vil være regulert til enhver tid, og har røtter fra både Haag-konvensjonen av 1899 og 1907 (Kolb, 2008 s. 61).

³⁴ Dahl (2008) s. 30;285. Av *politiske* grunner kan det også tenkes at de regjerende myndigheter ikke *ønsker* å definere konflikten som en ”væpnet konflikt” da dette kan oppfattes som en anerkjennelse av opprørerne som noe annet enn rene kriminelle, og man ønsker ikke ”innblanding” fra utenforstående.

anvendelse. En begrenset diskusjon av dette grensesnittet har jeg imidlertid valgt å inkludere i drøftelsen av hvem som er lovlig stridende i kapittel 2.2.1.1.

1.3.1 Tilstedeværelse av væpnet konflikt

Krigens folkerett inneholder ikke en udiskutabel definisjon av begrepet væpnet konflikt.³⁵ Av ICTY ble væpnet konflikt definert til å være;³⁶

“...an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State....”

Denne definisjonen er ganske vid og inneholder ikke et krav til at det er militære styrker, jf. *governmental authorities*. Dette indikerer at det ikke er hvilke av myndighetenes aktører som benytter væpnet makt er avgjørende for om situasjonen skal defineres som en væpnet konflikt, men hva slags type makt som anvendes. I motsetning til relasjonen mellom statene er det videre for interne konflikter et krav til en viss varighet og kontinuitet (*protracted*) som tilsier en ekskludering av sporadiske hendelser. Tilfeldige væpnede sammenstøt, også av høy intensitet, med organiserte kriminelle vil da falle utenom, men en langvarig situasjon preget av regelmessige væpnede sammenstøt bør derimot kunne være aktuelt å vurdere som væpnet konflikt. Videre dekker definisjonen ikke kun en intern væpnet konflikt mellom myndighetene og en eller flere opprørsgrupper, men også konflikter *mellom* disse vil dekkes, og tar da høyde for til eksempel væpnede konflikter mellom ulike grupperinger i såkalte *failed states* hvor myndighetsapparatet har brutt sammen. ICTY uttalte seg videre også om krav til tid og utstrekning, og hevdet at IHL;³⁷

“...applies from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until (...) or, in the case of internal conflicts, a peaceful

³⁵ Typologien ble i følge kommentarene til Genèvekonvensjonene bevisst introdusert i stedet for begrepet krig som et virkemiddel for å øke anvendelsen av konvensjonen. Av ulike grunner kan en av partene (eller begge) ha ønske om å ikke definere en situasjon som krig (i betydningen å erklære krig). Gjennom bruk av det mer generell begrepet væpnet konflikt ble derfor et mer objektivt kriterium introdusert og således pålegg til partene å etterleve konvensjonen uavhengig av en subjektiv aksept av en krigstilstand. (ICRCs kommentarer til felles art. 2 til Genèvekonvensjonene av 1949)

³⁶ ICTY 1995, *Prosecutor v. Tadic*, para 70

³⁷ ICTY 1995, *Prosecutor v. Tadic*, para 67,70

settlement is achieved. Until that moment, international humanitarian law continues to apply (...) or in the case of internal conflicts, the whole territory under the control of a party, whether or not actual combat takes place there...”

Dette betyr at IHL regulerer alle handlinger som utføres innenfor det geografiske området som kontrolleres av de involverte parter, så lenge handlingen kan knyttes til situasjonen om at det foregår en væpnet konflikt mellom partene. Dette gjelder uavhengig av hvor de faktiske kamphandlinger foregår, jf. uttalelsene til ICTY om at *“...the temporal and geographic scope of both internal and international armed conflicts extends beyond the exact time and place of hostilities...”*.³⁸

1.3.2 Hvilken situasjon reguleres som en ikke-internasjonalt væpnet konflikt?

Både felles artikkel 3 til Genèvekonvensjonene og Tilleggsprotokoll nr II regulerer ikke-internasjonalt væpnet konflikt, men har en ulik definisjon på hvilken situasjon de aktuelle bestemmelsene vil komme til anvendelse. I felles artikkel 3 defineres en ikke-internasjonalt væpnet konflikt som en *“...armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties...”*.

Dette er en negativ definisjon som i utgangspunktet da representerer alle væpnede konflikter som ikke omfattes av definisjonen i felles artikkel 2; *“...to all cases of declared war or of any other armed conflict which may arise between two or more of the High Contracting Parties...”*.³⁹ Da partene til konvensjonen er statene, betyr dette at definisjonen i felles artikkel 3 definerer alle væpnede konflikter som ikke gjelder en konflikt mellom to eller flere stater som ikke-internasjonalt væpnet konflikt. Felles artikkel 3 inneholder ikke en direkte avgrensning nedover mot intern uro. I kommentarene til artikkelen er det likevel forklart at formålet ikke har vært å dekke slike situasjoner, og det er også gitt en veiledning for å foreta et skille selv om ICRC i kommentarene også fremmer et syn om at de burde gjelde i så stor utstrekning som mulig, inkludert situasjoner som ikke kvalifiserer til væpnet konflikt. Når det er sagt er rettighetene så fundamentale at det sannsynligvis ikke vil ha noen praktisk betydning om de også var gjort gjeldende for slike situasjoner.

³⁸ ICTY 1995, *Prosecutor v. Tadic*, para 67

³⁹ felles art. 2 til Genèvekonvensjonene

Tilleggsprotokoll nr. II foretar også en negativ definisjon av en ikke-internasjonalt væpnet konflikt ift. felles art. 2 til Genèvekonvensjonene, men avgrenser sitt virkeområde ift. felles artikkel 3 med å angi at den gjelder for;

“...all armed conflicts which are not covered by Article 1 (...) between its armed forces and dissident armed forces or other organized armed groups which, under responsible command, exercise such control over a part of its territory as to enable them to carry out sustained and concerted military operations and to implement this Protocol...”

For det første inkluderes ikke her konflikter *mellom* ikke-statlige aktører, kun konflikter mellom myndighetene og opprørsgrupper innenfor denne statens territorium. Det settes også krav om at opprørerne skal utøve tilstrekkelig kontroll med et avgrenset territorium for å kunne foreta kontinuerlige og samkjørte militære operasjoner av en mer permanent karakter. Dette krever en viss grad av organisering og evne til planlegging. Det sentrale er evnen til å kunne utføre den angitte type av operasjoner og evne til å respektere protokollens bestemmelser, som f.eks. å ta vare på fanger, sårede og syke angitt i protokollens artikkel 4 og 5.⁴⁰ Det settes imidlertid ikke et krav til intensitet. Med kontroll kan også menes en negativ definisjon i betydning der hvor myndighetene ikke har kontroll. Skal opprørerne ha en mulighet til å ivareta forpliktelsene i protokollen må kontrollen likevel være av en viss stabilitet, og samlet sett gir dette en nokså høy terskel for anvendelsen av protokollen, i hvert fall sett opp i mot terskelverdien for felles artikkel 3. Det er derfor også normalt antatt at Tilleggsprotokoll II kun vil gjelde i en regelrett borgerkrig.⁴¹

I utgangspunktet stiller altså Tilleggsprotokoll II en høy terskelverdi for å komme til anvendelse. Praksis har også vist at den er anvendt på få konflikter.⁴² Videre er mange konflikter preget av å foregå i *failed states* med konflikter mellom ikke-statlige aktører, og ofte har derfor felles artikkel 3 vært eneste anvendelige regelverk. Denne inneholder imidlertid ingen eksplisitte bestemmelser for begrensninger på de stridendes midler og metoder. ICTY, som spesielt har påvirket utviklingen av sedvane for interne konflikter, bruker imidlertid en vid definisjon. Også statuttene til ICC er til en viss grad

⁴⁰ ICRC kommentarer til Tilleggsprotokoll nr. II, para 4465-4466

⁴¹ Johansen og Staib (2009) s. 181

⁴² Johansen og Staib (2009) s. 181

et uttrykk for hva som kan defineres å være regler for interne konflikter,⁴³ og der benyttes en definisjon tilsvarende ICTY.⁴⁴ I følge Dahl (2008) bygger også sedvanerettstudien til ICRC seg på terskelverdien angitt i felles artikkel 3,⁴⁵ og San-Remo manualen legger også til grunn en vid forståelse.⁴⁶ I en konkret vurdering av et gitt tilfelle synes det derfor klart at det ikke er nødvendig med verken territoriell kontroll, eller regjeringsstyrker involvert som part, for at sedvanerettslige regler for ikke-internasjonalt væpnet konflikt skal regulere de stridendes midler og metoder. Det opprettholdes imidlertid et distinkt skille mellom væpnet konflikt, og intern uro og sporadisk vold.

1.3.3 Terskel mot intern uro og sporadisk vold

Preges håndteringen av et opprør av at bruk av makt har til hensikt å bryte ned en stridsevne hos den andre parten, uten at det foreligger en nødvergesituasjon, er det naturlig å anta at relasjonen som foreligger er en væpnet konflikt.⁴⁷ Dahl (2008) konkluderer med at *”... grensen er krysset når situasjonen ikke lenger tillater at staten kan begrense seg til å gjøre forsøk på å pågripe mistenkte og begrense våpenbruk til akutte nødvergesituasjoner, men anser det som nødvendig å angripe væpnede opposisjonsstyrker som gruppe uten hensyn til om det enkelte medlem av den væpnede opposisjon utgjør noen trussel i øyeblikket...”*. Dermed kan heller ikke staten garantere beskyttelse for retten til liv,⁴⁸ og må basere seg på minimumsbestemmelsene i felles artikkel 3.

I Tilleggsprotokoll nr. II artikkel 1(2) gis en eksplisitt avgrensning mot intern uro selv om også kriteriene i artikkel 1(1) i seg selv vil ekskludere slike situasjoner.⁴⁹ Med intern uro menes *”...riots, such as demonstrations without a concerted plan from the outset; isolated and sporadic acts of violence, as opposed to military operations carried*

⁴³ ICC statuttene Art. 8 (2) (e)

⁴⁴ Definisjon i ICC art 8 (2) (f)

⁴⁵ Dahl (2008) s. 284

⁴⁶ SR 2006 art. 1.1.1

⁴⁷ Dahl (2008) s. 32

⁴⁸ EMK 1950, art. 2. Retten til liv har bare ett unntak, og det gjelder død som følge av lovlige krigshandlinger, jf. art. 15 nr. 2

⁴⁹ Kommentarer til Tilleggsprotokoll II nr. 4472

out by armed forces or armed groups; other acts of a similar nature, including, in particular, large scale arrests of people for their activities or opinions...”.⁵⁰

I ICRCs kommentarer til felles artikkel 3 gis også en veiledning til å fastslå hvorvidt en væpnet konflikt faktisk er tilfelle ift. intern uro og sporadiske opprør. Dette kan inkludere a) en organisert militær styrke ansvarlig for sine handlinger, som opererer innenfor et fastlagt territorium og har evne til å respektere og effektivere konvensjonen,⁵¹ eller 2) at de regjerende myndigheter er tvunget til å ta i bruk sine militære⁵² styrker i bekjempelsen av opprørerne, eller 3) dersom de regjerende myndighetene anerkjenner opprørerne som en krigførende part, eller at 4) konflikten er en sak for FNs sikkerhetsråd⁵³ som trussel for internasjonal fred, et brudd på fred, eller som aggressiv handling, eller 5) dersom opprørerne har en organisasjon som kan påstås å ha karakteristika av en stat, dens sivile del utøver faktisk kontroll over personer innefor et fastlagt territorium, den militære delen tar ordre fra den sivile myndigheten og er forberedt på å følge krigens folkerett, og at de sivile myndigheter aksepterer å være bundet av konvensjonen.

I *Tadic*-dommen trekker ICTY⁵⁴ frem intensitet og grad av organisering hos opprørerne som kriterium for å avgrense mot intern uro, kriminalitet og sporadisk vold.

“The test (...) focuses on two aspects of a conflict; the intensity of the conflict and the organization of the parties to the conflict....”

Deretter foretok ICTY en konkret vurdering av intensitet og organiseringen av partene for å kvalifisere konflikten som en væpnet konflikt. I dagens konflikter vil det nok kunne være utfordringer knyttet til hvor grensen går mellom intern uro og væpnet konflikt. Særlig kan grensen mot organisert kriminalitet være utfordrende, og ikke minst ift. terrorisme. Krav til *organisasjon* kan sikkert også diskuteres mht. nye typer for nettverksorganisering og det faktum at enkeltaktører opplagt kan ha høyere

⁵⁰ Kommentarer til Tilleggsprotokoll II nr. 4474

⁵¹ Med konvensjonen menes her felles artikkel 3 og de plikter som forfinnes der.

⁵² Selv om det i kommentarene her er brukt militære styrker er det all grunn til å tro at dette ikke trenger å være et krav. Mange land har andre måter å organisere sitt maktapparat på. Dette viser også definisjonen til ICTY som ikke peker konkret på militære styrker.

⁵³ Se for eksempel Fleck (2008) s. 717, para 1425

⁵⁴ ICTY 1997, Prosecutor v. Tadic, para 562

skadepotensial enn tidligere, ikke minst fordi moderne samfunnsstrukturer er veldig sårbare gjennom sine komplekse og sammenvevde strukturer. Dette ses også ift. utviklingen innenfor *cyber warfare*. Intensitet kan derfor bli et mer dominerende kriterium i moderne konflikter.

1.4 Hvordan reguleres interne væpnede konflikter?

1.4.1 Overordnede utviklingstrekk og rettslige uklarheter

I stadig større grad har IHL utviklet en kodifisering av regler gjennom konvensjoner, men har samtidig lange tradisjoner med å basere seg på sedvane. Frem til Genèvekonvensjonene av 1949 fantes det imidlertid i praksis ingen regulering av *interne* konflikter, selv om bruk av krigens regler overfor opprørere også har vært omtalt i tidligere juridiske verk.⁵⁵ En eventuell regulering av krigføringen kunne kun komme til anvendelse dersom myndighetene i den aktuelle stat hvor konflikten foregikk innrømmet motparten status som krigførende,⁵⁶ og erklærte at krigens folkerett⁵⁷ ville bli fulgt.⁵⁸

En av hovedårsakene til den generelle motviljen til å ha en internasjonal regulering av interne konflikter på samme måte som ved internasjonal konflikt, er knyttet til spørsmålet om kombattantstatus. Ved å gi opprørere en status som kombattanter kan dette oppfattes å utfordre statens monopol på legitim bruk av voldelig makt⁵⁹ innenfor statens grenser, og også etablere et påskudd for ekstern intervensjon⁶⁰ eller støtte.⁶¹ En annen viktig årsak til statenes motvillighet til å la krigens folkerett regulere interne konflikter fullt ut, er også at en innvilgelse av kombattantstatus iht. IHL

⁵⁵ At krigføringsregler også kunne gjelde i konflikter med opprørere ble omtalt både i verkene til Grotius på 1600-tallet, Vattel på 1700-tallet og i Lieber-koden på 1800-tallet. Fleck (2008) s. 615 para 1204

⁵⁶ Dette ble til eksempel gjort i den amerikanske borgerkrigen. Green (2008) s. 343

⁵⁷ i betydningen den som gjaldt mellom stater.

⁵⁸ Kolb (2008) s. 65-66

⁵⁹ Sassòli og Bouvier (2006) s. 249

⁶⁰ Kolb (2008) s. 257

⁶¹ Dersom opprørerne oppnår status som lovlig stridende vil dette kunne bli sett på som en internasjonal legitimering av opprøret, og således senke terskelen for andre til å bidra med støtte i form av til eksempel finansiering, logistikk, trening, soldater eller et fristed hvor det ikke legges hindringer for opprørernes aktiviteter.

vil gjøre egne væpnede styrker til legitime mål.⁶² Derfor foretrekkes en regulering som opprettholder privilegier til eget politi eller militære styrker ift. de opposisjonelle. Ingen regjering ønsker en situasjon hvor de på forhånd fritar egne innbyggere for straff for å delta i et opprør. Dette er imidlertid essensen som ligger i ”kombattantstatus” i krigens folkerett.⁶³ Dette reflekteres også i vurderingene til ICTY som i en redegjørelse for rettsregler tilknyttet interne konflikter uttaler:

*“...By contrast, there were very few international rules governing civil commotion, for States preferred to regard internal strife as rebellion, mutiny and treason coming within the purview of national criminal law and, by the same token, to exclude any possible intrusion by other States into their own domestic jurisdiction. This dichotomy was clearly sovereignty-oriented and reflected the traditional configuration of the international community, based on the coexistence of sovereign States more inclined to look after their own interests than community concerns or humanitarian demands...”*⁶⁴

Humanitære hensyn mht. å sikre visse grunnleggende garantier til sivile og andre som ikke aktivt deltar i stridighetene har imidlertid ført til at visse bestemmelser om interne konflikter allikevel er en del av IHL. Selv om en typisk karakteristikk for *alle* konflikter etter andre verdenskrig har vært at sivile tap er mer sannsynlig enn tap hos de krigførende parter,⁶⁵ er krigføringens grusomheter imidlertid ikke mindre i interne konflikter enn i mellomstatlige konflikter - kanskje heller tvert imot.⁶⁶ Gjennom felles artikkel nr. 3 i Genèvekonvensjonene, og senere ved etableringen av Tilleggsprotokoll nr. II ble det derfor inntatt visse bestemmelser som også regulerer et beskyttelsesvern for sivile i ikke-internasjonale væpnede konflikter. For interne konflikter ble det imidlertid utarbeidet meget få beskyttelsesregler, og disse inneholder kun minimumsbestemmelser. På tross av at de ble utarbeidet som kompromisser etter nokså vanskelige diskusjoner,⁶⁷ er heller ikke bestemmelsene i felles artikkel 3 mer detaljert, eller inneholder ikke sterkere rettigheter, enn hva alle land vil ha i sine egne lover.

⁶² Fleck (2008) s. 613 para 1202 (2)

⁶³ Sassòli og Bouvier (2006) s. 250

⁶⁴ ICTY 1995 *Prosecutor vs Tadic*, para 96

⁶⁵ Crawford (2010) s. 14-15

⁶⁶ Fleck (2008) s. 605 para 1201 (1)

⁶⁷ ICRCs kommentarer til både felles artikkel 3 og Tilleggsprotokoll nr. II

I etterkant av andre verdenskrig var også en rekke interne konflikter såkalte frigjøringskriger. Dette påskyndet også en revurdering hvorvidt slike konflikter egentlig kunne bli ansett som rene interne konflikter,⁶⁸ og ble senere inkludert i Tilleggsprotokoll nr. I. Disse regnes derfor som *internasjonale* væpnede konflikter.⁶⁹ Dette grepet, inkludert lempelser i krav til hvem som kan regnes som kombattante,⁷⁰ førte imidlertid også til at mange stater ikke har ratifisert Tilleggsprotokoll I, inkludert USA⁷¹ og Israel.⁷² For interne konflikter som ikke reguleres som internasjonale væpnede konflikter, definert som *ikke-internasjonalt væpnet konflikt*, gjelder dermed kun felles artikkel 3 til Genèvekonvensjonene, og på visse vilkår, Tilleggsprotokoll nr. II. Ingen andre deler av Genèvekonvensjonene gjelder direkte.⁷³ Senere har enkelte andre konvensjoner også blitt gjort gjeldende for slike konflikter,⁷⁴ samt Roma-statuttene for den internasjonale straffedomstol (ICC) av 17. juli 1998. Det skal imidlertid bemerkes at ikke alle stater har sluttet seg til disse. Utviklingen er imidlertid også et eksempel på en overordnet trend av at et økende antall regler er gjeldende også for ikke-internasjonale konflikter,⁷⁵ ikke minst basert på sedvane, selv om dette også til en viss grad er omstridt.

Generelt har utviklingen av regler for interne konflikter opprinnelig vært fundamentert på suverenitetsprinsippet (les hensynet til statene), fremfor hensynet til individer, mens det de siste 30 år har blitt en utvikling hvor det humanitære aspektet har erstattet de andre som bærende prinsipp. Dette har egentlig medført en revolusjon i IHL knyttet til regulering av interne konflikter,⁷⁶ også forsterket og trukket frem av ICTY i

⁶⁸ Crawford (2010) s. 10-12. Dette gav også grobunn for resolusjoner fra FNs generalforsamling om folkegruppers rett til selvbestemmelse, eks. UNGAR 637 (VII) og UN GA res 2787. Resolusjon 3103 fra FNs GA i 1973 stadfester i pkt. 3 at interne væpnede konflikter som gjelder opprør mot koloni- eller rasistisk styre og fremmed okkupasjon skal regnes som internasjonal væpnet konflikt.

⁶⁹ Tilleggsprotokoll nr. I, art. 1(4)

⁷⁰ Tilleggsprotokoll nr. I, art. 44(3) lempet på kravene til hvem som kan regnes som lovlig stridende og følgelig krigsfangestatus ift. Genèvekonvensjon nr. III art 4A.

⁷¹ Solis (2010) s. 127

⁷² Status pr. nov 2010 iflg ICRC (2010) - *State Parties to the Following IHL and Other Related Treaties*

⁷³ Solis (2010) s. 153, Fleck (2008) s. 620-624 para 1207-1211

⁷⁴ Disse omtales i neste kapittel

⁷⁵ Fleck (2008) s. 615 para 1204

⁷⁶ Kolb (2008) s. 258

Tadic-dommen,⁷⁷ hvor retten fremholdt sitt syn på hvordan krigens folkerett regulerer interne konflikter.

”...*Gradually the maxim of Roman law hominum causa omne jus constitutum est (all law is created for the benefit of human beings) has gained a firm foothold in the international community as well...*”

I økende grad etter andre verdenskrig er majoriteten av væpnede konflikter interne.⁷⁸ Denne utviklingen har medført at det også i økende grad stilles spørsmålsteget med dikotomien om å ha ulike regelsett for hhv. internasjonale væpnede konflikter og ikke-internasjonale konflikter. I motsetning til spørsmålet om kombattantstatus og krigsfangestatus, kan det også hevdes at vil det være umoralsk å opprettholde et skille, og FN har gjentatte ganger oppfordret at hensyn til sivilbefolkningen må ivaretas. Ut over problemstillinger knyttet til grunnleggende humanitære beskyttelseshensyn⁷⁹ ovenfor sivile, eller andre som ikke lenger deltar i stridighetene, er mange moderne konflikter ofte også preget av uklare grenselinjer mht. om de er rene interne eller internasjonale konflikter. Det vil derfor være vanskelig å definere tydelig om en aktuell konflikt har den ene eller andre status med tilhørende regelsett. Eksempelvis viste konflikten i tidligere Jugoslavia at begge typer konflikter foregikk parallelt innenfor samme område avhengig av hvilke aktører som utkjemper stridigheter.⁸⁰

Et annet område som også fortsatt er meget omstridt er spørsmålet om kombattantstatus og tilhørende diskusjoner om lovlige mål, og rettigheter som krigsfange (POW). I denne sammenheng er det også uklart på hvilken måte sivile skal kunne regnes å delta direkte i kamphandlingene, og om dette kan være over en lengre tidsperiode eller kun ifm. direkte utførelse av angrep. Dette vil bli diskutert nærmere i kapittel 2.

⁷⁷ ICTY 1995, *Prosecutor v. Tadic*, para 97

⁷⁸ Nasjonale frigjøringskamper vurderes da som mellomstatlige konflikter. I 2009 var det 20 interne konflikter. Marshall, Monty G. & Cole Benjamin R. *Global Report 2009 Conflict, Governance, and State Fragility*. Center for Systemic Peace, 2009

⁷⁹ Humanitære hensyn har generelt bidratt til en trend om at det internasjonale samfunn i større grad involverer seg ift. interne forhold i andre stater, inkludert humanitære intervensjoner og *human security* generelt og etterlevelse av menneskerettigheter spesielt. Med statens rettigheter følger også plikter.

⁸⁰ Kolb (2008) s. 68;258

Med en dynamisk utvikling innenfor sedvane er et annet spørsmål også selvfølgelig hvorvidt utfordringen i dag er knyttet til selve reguleringen av interne konflikter, eller om utfordringen først og fremst er knyttet til etterlevelsen. I mange tilfeller av alvorlige humanitære overgrep i dagens væpnede konflikter er ikke utfordringen manglende regler, men at disse ikke respekteres, enten grunnet uvitenhet, eller at de bevisst neglisjeres. I den forbindelse er det også et spørsmål om i hvilken grad ikke-statlige aktører oppfatter det som de er forpliktet til å etterleve krigens folkerett⁸¹, og ikke minst hvordan fremme en slik etterlevelse. I så måte kan det siteres fra Sassòli og Bouvier⁸² som uttrykker:

”...To conclude, it should be stressed that even without any provisions detailed out by IHL of international armed conflicts, without any analogy to it, and without any resort to customary law, the fate of the victims of contemporary non-international armed conflicts would be incomparably better than it is presently the case if only the basic black-letter provisions of Article 3 common to the Conventions and of Protocol II were respected...”.

1.4.2 Nærmere om relevante rettsregler

Genèvekonvensjonenes felles artikkel 3 er en form for minikonvensjon i konvensjonen⁸³ som gir et minimum av humanitær beskyttelse til alle personer som ikke aktivt deltar i stridighetene i ikke-internasjonale konflikter, og innehar status som sedvanerett.⁸⁴ Felles artikkel 3 gir fire normative pålegg. For det første et 1) humanitært prinsipp uten ugunstig forskjellsbehandling basert på rase, farge, religion, tro, kjønn, fødested, rikdom eller noe annet lignende kriterium. Videre gis det 2) en rekke forbud mot handlinger basert på humane hensyn, og 3) at skadde og syke stridende skal tas vare

⁸¹ Selv om det kan være usikkerheter rundt i hvilken grad ikke-statlige aktører er forpliktet til å etterleve alle folkerettsbestemmelser er det liten tvil om de er forpliktet til å etterleve *krigens* folkerett. Dette prinsipp ble etablert implisitt gjennom felles artikkel 3 som binder ikke-statlige aktører til artikkelen. Ikke-statlige aktører blir bundet av avtaler som den staten de opererer i har inngått. Disse blir inngått av staten på vegne av alle innbyggerne. Se Solis (2010) s. 158, Kolb (2008) s. 87-88, og Fleck (2008) s. 620 para 1207(2)

⁸² Sassòli og Bouvier (2006) s. 251

⁸³ ICRC kommentar til felles artikkel 3

⁸⁴ ICJ 1986 *Nicaragua vs USA*, para 218

på. Til sist anerkjennes også 4) retten til et humanitært initiativ fra upartiske aktører.⁸⁵ Felles artikkel 3 omhandler imidlertid ingen regler tilknyttet begrensninger på de stridendes midler og metoder.

Tilleggsprotokoll nr. II⁸⁶ utvider omfanget av konvensjonsbestemmelser som regulerer ikke-internasjonale væpnede konflikter, men innholder også en høyere terskelverdi (jf. kap 1.3.2.). For det første 1) bekrefter den grunnleggende garantier beskrevet i felles artikkel 3 og utvider samtidig omfanget av slike⁸⁷ en god del, inkludert beskyttelse og rettigheter for fanger.⁸⁸ Videre 2) utvides reglene for ivaretagelse av syke og sårede til å være i tråd med internasjonale konflikter,⁸⁹ og 3) etableres regler for begrensninger i de stridendes midler og metoder for å beskytte sivile og sivile objekter fra effekten av krigføring.⁹⁰ Disse reflekterer i redusert og begrenset form tilsvarende regler i Tilleggsprotokoll nr I.⁹¹

Verken felles artikkel 3 eller Tilleggsprotokoll nr. II inneholder en eksplisitt uttalelse av distinksjonsprinsippet. Første ledd av artikkel 13(1) i Tilleggsprotokoll nr. II viser imidlertid til et beskyttelsesvern for sivile hvor ”...(T)he civilian population and individual civilians shall enjoy general protection against the dangers arising from military operations...”, og i de tilhørende kommentarene til artikkel 13 refereres det videre til plikten om å skille mellom de som deltar i fiendtligheter og sivilbefolkningen.⁹² I artikkel 13(2) omtales videre et forbud mot angrep på sivile eller sivilbefolkning, men Tilleggsprotokoll nr. II inneholder ikke et generelt beskyttelsesvern for sivile gjenstander.

I etterkant av Tilleggsprotokoll nr II er som nevnt enkelte andre konvensjoner også blitt gjeldende for ikke-internasjonal væpnet konflikt. Her kan spesielt nevnes

⁸⁵ Kolb (2008) s.261-262

⁸⁶ Intensjonen med Tilleggsprotokoll nummer II er, jf. art. 1(1) å utvide og komplimentere Genèvekonvensjonenes felles artikkel 3 uten å modifisere dennes vilkår for anvendelse. Ved utkast til protokollen inneholdt den de fleste reguleringer som i Tilleggsprotokoll nr. I, men ble redusert til å inneholde et sett med minimumsbestemmelser.

⁸⁷ Tilleggsprotokoll nr. II art. 4

⁸⁸ Tilleggsprotokoll nr. II art. 5 og 6

⁸⁹ Tilleggsprotokoll nr. II art. 7-12

⁹⁰ Tilleggsprotokoll nr. II art. 13-18

⁹¹ Tilleggsprotokoll nr. I art. 48-60

⁹² ICRC kommentarer til Tilleggsprotokoll II art. 13, para 4772.

Tilleggsprotokollen av 1999 til Kulturverdikonvensjonen av 1954 som ved artikkel 22 gjør denne gjeldende også for ikke-internasjonale væpnede konflikter. Gjennom artikkel 7 og 8 til denne konvensjonen blir *proporsjonalitetsprinsippet* og *prinsippet om forholdsregler* gjeldende for ikke-internasjonale væpnede konflikter.⁹³ Videre er det, basert på et initiativ fra USA,⁹⁴ også lagt inn et tillegg⁹⁵ til artikkel 1 i Konvensjonen om forbud og restriksjoner på bruk av visse konvensjonelle våpen, som gjør denne gjeldende for ikke-internasjonale væpnede konflikter. Denne inneholder både i tilleggsprotokoll II⁹⁶ og protokoll III⁹⁷ et forbud mot direkte og *vilkårlig angrep* på sivile mål.⁹⁸ Det er likevel ikke tvil om at de fleste detaljerte regler for midler og metoder i krigføringen i ikke-internasjonale væpnede konflikter må hjemles i sedvaneretten. Her viser ICTY til at;⁹⁹

“(...) it cannot be denied that customary rules have developed to govern internal strife. These rules (...) cover such areas as protection of civilians from hostilities, in particular from indiscriminate attacks, protection of civilian objects (...) as well as prohibition of means of warfare proscribed in international armed conflicts and ban of certain methods of conducting hostilities...”

Grunnleggende prinsipper som distinksjonsprinsippet inkludert forbudet mot vilkårlig angrep, kravet til proporsjonalitet inkludert prinsippet om militær nødvendighet, og forbudet mot krigføring som medfører unødig lidelse i ikke-internasjonale konflikter, er alle verifisert av sedvaneretten¹⁰⁰. Det generelle prinsipp ble uttalt av ICTY i *Tadic* dommen;¹⁰¹

⁹³ Under en rimelig antakelse om at menneskeliv er like beskyttelsesverdige som kulturelle gjenstander kan det også sies at disse prinsippene med dette også er gjeldende når det gjelder vurdering av effekter av krigføringen på sivile personer og sivilbefolkningen generelt. Dahl (2008) s. 314

⁹⁴ Fleck (2008) s. 623 para 1210 (1)

⁹⁵ Amendment article 1, 21 December 2001

⁹⁶ Tilleggsprotokoll II av 1996, art. 3(7) og 3(8). I art. 3(8)(c), og 3(10), gjøres også proporsjonalitetsprinsippet og prinsippet om forholdsregler gjeldende i ikke-internasjonale væpnede konflikter.

⁹⁷ Protokoll III Art. 2(1)

⁹⁸ Også konvensjonen som forbyr anti-personell miner i *alle* væpnede konflikter henviser til respekt for distinksjonsprinsippet i sitt forord.

⁹⁹ ICTY AC 1995 *Prosecutor v. Tadic*, para 127

¹⁰⁰ Crawford (2010) s. 30-31

¹⁰¹ ICTY AC 1995 *Prosecutor v. Tadic*, para 119

”Indeed, elementary considerations of humanity and commonsense make it preposterous that the use by States of weapons prohibited in armed conflicts between themselves be allowed when States try to put down rebellion by their nationals on their own territory. What is inhumane, and consequently proscribed, in international wars, cannot but be inhumane and inadmissible in civil strife.”

I sedvanerettsstudien til ICRC av 2005 gis en rekke konkrete regler for begrensning på midler, mål og metoder.¹⁰² Flere av disse vil bli drøftet nærmere i kapittel 2.

1.4.3 Generelle konklusjoner om rettsgrunnlag

I hovedsak kan det sies at de mangler som eksisterer i den konvensjonsfestede reguleringen av midler og metoder i ikke-internasjonale væpnede konflikter blir dekket av sedvanerett.¹⁰³ Dette har samtidig ført til etablering av regler parallelle til de som gjelder i Tilleggsprotokoll nr I,¹⁰⁴ og hvor reglene i intern konflikt vil bygge på de samme prinsipper som for internasjonal konflikt.¹⁰⁵ Som vist i 1.3.2 er det også rimelig å anta at en sedvanerettsregel for ikke-internasjonal væpnet konflikt gjelder uansett om regjeringsstyrker er involvert eller ikke, og om opposisjonsstyrker kontrollerer et territorium.¹⁰⁶ Gjennom sedvaneretten synes det dermed som at alle vesentlige regler i Tilleggsprotokoll II er gjeldende i interne konflikter også med et lavere terskelnivå (likt nivået for felles artikkel 3). Dette gjenspeiles også i ICC-statuttene hvor krigsforbrytelsene utover brudd på felles artikkel 3 er omtalt i art 8(2)(e), og gjelder i interne konflikter definert som i art 8(2)(f) andre setning;

“It applies to armed conflicts that take place in the territory of a State when there is protracted armed conflict between governmental authorities and organized armed groups or between such groups”

Denne utviklingen innenfor sedvanerett betyr i praksis at det er kun regler for krigsfanger og okkupasjonslovgivningen som ikke gjelder i ikke-internasjonal væpnet konflikt. Grenseoppgangen mellom felles artikkel nr. 3 og Tilleggsprotokoll nr. II er

¹⁰² Mht. midler og metoder gjelder spesielt sedvanereglene nummer 1-2, 5-24, 46-48, 50 og 52-105. For spesielt beskyttede personer og objekter, gjelder reglene 25-45, 55-56, 109-113, 115-129 og 131-138

¹⁰³ Quèguiner (2008) s. 169, Fleck (2008) s. 624 para 1212 (1)

¹⁰⁴ Quèguiner (2008) s. 169

¹⁰⁵ Dahl (2008) s. 301

¹⁰⁶ Dahl (2008) s. 283-284

dermed heller ikke spesielt relevant lenger,¹⁰⁷ og også konflikter *mellom* ikke-statlige aktører omfattes gjennom sedvaneretten. Samtidig bør det også kunne refereres til reglene for internasjonal væpnet konflikt i parallell med de spesielle bestemmelsene for ikke-internasjonal væpnet konflikt, og der hvor reglene ikke er tilstrekkelig uttømmende kan det henvises til reglene for internasjonal væpnet konflikt for utdypning. Eksempelvis inneholder art. 13-18 i Tilleggsprotokoll II reguleringer av beskyttelse for sivile ift. angrep. Disse reproducerer i en forkortet versjon de korresponderende bestemmelser i Tilleggsprotokoll I art. 48-60, og ved en tolkning av artiklene i Tilleggsprotokoll II gjelder analogisk bestemmelsene i Tilleggsprotokoll I.¹⁰⁸

2 Distinksjonsprinsippet

2.1 Distinksjonsprinsippets formål og innhold

På det grunnleggende plan er krigens folkerett et kompromiss mellom to motstridende grunnleggende prinsipper, nemlig hensynet til militær nødvendighet på den ene siden og humane hensyn på den andre siden.¹⁰⁹ At krigens folkerett sådan i sin basis allerede er et kompromiss mellom militær nødvendighet og humane hensyn betyr i den moderne krigsretten også at militær nødvendighet ikke kan fremmes som et generelt argument for å fravike beskyttelsesregler unntatt der hvor dette eksplisitt er nevnt som et legitimt kriterium.¹¹⁰ Både i begrepet militær nødvendighet og humanitet ligger det implisitt en begrensning på utøvelsen av vold utover det formålstjenelige, og et beskyttelsesvern overfor de som ikke er en aktiv part i krigføringen. Dette hviler på forutsetningen om at selve formålet og rasjonalet med den militære operasjon ligger i å nedkjempe andre militære styrkers kapabilitet, og i humaniteten et prinsipp om å behandle de som ikke deltar i (den militære) konflikten human. Dette har grovt sett også dannet et grunnlag

¹⁰⁷ Quèguiner (2008) s. 169

¹⁰⁸ Kolb (2008) s. 265

¹⁰⁹ Kolb (2008) s. 43

¹¹⁰ Kolb (2008) s. 44

for et skille mellom den såkalte *Hague Law* (begrensninger på selve krigføringen) og *Gèneve Law* (beskyttelse av krigens ofre).¹¹¹

Med *distinksjonsprinsippet* menes at det ved bruk av væpnet makt må skilles mellom stridende og militære mål (gjenstander) på den ene siden, og sivilpersoner og sivile gjenstander på den andre siden.¹¹² Dette inkluderer krav til de stridende om kun å angripe militære mål.¹¹³ Distinksjonsprinsippet er et fundamentalt prinsipp ”...on which the codification of the laws and customs of war rests...”,¹¹⁴ og regnes som sedvanerett både i internasjonale og ikke-internasjonale væpnede konflikter.¹¹⁵ Av ICJ er det i *the Nuclear Weapons Advisory Opinion* beskrevet som en av de grunnleggende prinsipper i humanitærretten;

”....cardinal principles contained in the texts constituting the fabric of humanitarian law....(T)he first is aimed at the protection of the civilian population and civilian objects and establishes the distinction between combatants and non-combatants; States must never make civilians the object of attack and must consequently never use weapons that are incapable of distinguishing between civilian and military targets (...) they constitute intransgressible principles of international customary law....”¹¹⁶

Prinsippet er eksplisitt gjengitt i Tilleggsprotokoll nr. I art. 48;

“In order to ensure respect for and protection of the civilian population and civilian objects, the Parties to the conflict shall at all times distinguish between the civilian population and combatants and between civilian objects and military objectives and accordingly shall direct their operations only against military objectives.”¹¹⁷

¹¹¹ Kolb (2008) s. 45

¹¹² Dahl (2008) s. 45

¹¹³ Kolb (2008) s. 46

¹¹⁴ ICRC kommentarer til art. 48 Tilleggsprotokoll I, para. 1863

¹¹⁵ ICRC 2005 regel 1 og 7, San Remo 2006 regel 1.2.2

¹¹⁶ ICJ 1996 *Nuclear Weapons Advisory Opinion*, para 78-79

¹¹⁷ Tilleggsprotokoll nr. I art 48

Det kan hevdes at prinsippet også har en høyere status enn bare sedvane, og har rang som *jus cogens*.¹¹⁸ Selv om dette ikke uttales direkte av ICJ i dommen tilknyttet kjernefysiske våpen, kan det hevdes at det skal forstås slik.¹¹⁹ I motsetning til ICJ uttalte ICTY derimot dette eksplisitt i *Kupreskic*-saken.¹²⁰

Indirekte ble distinksjonsprinsippet første gang konvensjonsfestet i *St. Petersburgdeklarasjonen av 1868*¹²¹ som i sitt forord stadfestet at "*the only legitimate object which States should endeavour to accomplish during war is to weaken the military forces of the enemy*".¹²² Dette representerer forutsetningen prinsippet hviler på, og samtidig det grunnleggende behov for å definere hvem eller hva som kan vurderes til å være del av en militær kapabilitet, og følgelig et lovlig mål. Distinksjonsprinsippet danner videre en forutsetning og basis for andre grunnleggende prinsipper, ved at 1) et *vilkårlig angrep* ikke vil respektere regelen om å skille militære og sivile mål, og at 2) et påbud om *proporsjonalitet* skal balansere beskyttelsesvernet til sivile ift. militær nødvendighet, og at 3) en plikt til de stridende om å ta *forholdsregler* i planleggingen av militære operasjoner må eksistere for at distinksjonsprinsippet skal kunne ha effekt. Disse prinsippene følger dermed logisk av distinksjonsprinsippet, og er en forutsetning for at distinksjonsprinsippet kan komme til anvendelse.¹²³ Alle disse begrensningene har røtter i en fordømmelse av den såkalte "Total War" og et tilsvarende fundament i prinsippet om "Limited War".¹²⁴

Distinksjonsprinsippet skiller mellom de som er stridende, og de sivile som ikke er involvert i kamphandlingene, er samtidig koblet i et gjensidig og prinsipielt avhengighetsforhold mellom en rett til å utføre kamphandlinger på den ene siden, med et

¹¹⁸ Se Fleck (2008) s. 189 para 447(1). Jf. Wienkonvensjonen av 1969 art. 53. *Jus cogens* kan ses på som en kategorisk norm som besitter en høyere rangering i det internasjonale hierarki enn konvensjonstekst og også sedvane.

¹¹⁹ Quèguiner (2008) s. 171.

¹²⁰ Quèguiner (2008) s. 172.

¹²¹ Solis (2010) s. 251-252. Å spare ubevæpnede sivile i krigføringen ble også trukket frem i Lieber-koden som ble utviklet under den amerikanske borgerkrigen.

¹²² ICRC 2005 s. 3

¹²³ Quèguiner (2008) s. 164-165

¹²⁴ Fleck (2008) s. 127, para 401(1). Med *limited war* menes prinsippet om at bruk av væpnet makt kun skal begrenses til hva som er militært nødvendig ift. å oppnå det militære mål, i en balanse med humaniteten. Humaniteten pålegger et krav om at mennesker ikke skal påføres unødig lidelse.

beskyttelsesvern på den andre siden. Lovlige stridende har, i motsetning til de sivile, en *rett* til å delta i kamphandlingene. Dette betyr at de, i motsetning til sivile, ikke kan bli stilt strafferettslig ansvarlig for de handlinger de utfører i tilknytning til den væpnede konflikten.¹²⁵ På den annen side vil lovlige stridende derimot også være lovlige mål, i motsetning til sivile som i tråd med sin *manglende rett* til å delta, derimot *har* et beskyttelsesvern. Denne manglende retten til å delta er ikke bare en naturlig konsekvens, men også en fundamental forutsetning for beskyttelsesvernet. De stridende er prinsipielt bare i stand til å respektere dette skillet, og beskytte sivile, så lenge de stridende ikke behøver å frykte angrep fra fiendens sivilbefolkning.¹²⁶

2.1.1 Definisjoner

Med hensyn til distinksjonsprinsippet¹²⁷ defineres væpnede styrker som

”The armed forces of a party to the conflict consist of all organized armed forces, groups and units which are under a command responsible to that party for the conduct of its subordinates”

Sivile og sivilbefolkning defineres negativt som personer som ikke er medlem av de væpnede styrker, og som gjenstander som ikke er militære. Ved å bruke en slik definisjon unngås muligheten for at enkelte personer eller gjenstander ikke vil inneha en status. For ikke-internasjonale væpnede konflikter er det imidlertid omstridt hvorvidt medlemmer av væpnede opprørsgrupper er medlemmer av *”armed forces”*, eller om disse har status som sivile som direkte deltar i fiendtlighetene, og følgelig midlertidig mister sitt beskyttelsesvern. I utkast til Tilleggsprotokoll nr. II var definisjonen at sivile var alle som ikke var medlem av *”armed forces”* eller *”armed opposition groups”*, men definisjonene ble droppet av hensyn til å få en protokoll med forkortet tekst. Mangelen på definisjon av sivile i ikke-internasjonale konflikter har medført en uklar rettstilstand. Dersom medlemmer av væpnede opprørsgrupper regnes som sivile skaper dette en ubalanse ift. myndighetenes væpnede styrker. Disse vil da være legitime mål hele tiden, mens medlemmene av væpnede opprørsgrupper bare vil være legitime mål så lenge de

¹²⁵ Under forutsetning at de ikke bryter krigens folkerett, eller andre nasjonale straffebud og *Rules of Engagement* (ROE).

¹²⁶ Fleck (2008) s. 238, para 501(1)

¹²⁷ ICRC 2005 regel 3, 4, 5, 6, 8 og 9

direkte deltar i fiendtlighetene. Denne ubalansen er ikke tilstede dersom medlemmene av slike opprørsgrupper, gjennom sitt medlemskap, enten er ansett som kontinuerlig deltakende i fiendtlighetene, eller *ikke* sivile. Hva som ligger i begrepet direkte deltakelse er heller ikke avklart. I en ikke-internasjonalt væpnet konflikt kan stridende, foruten myndighetenes væpnede styrker, derfor være medlemmer av organiserte væpnede grupper og/eller sivile som aktivt deltar i fiendtlighetene. Hva som imidlertid ligger i dette er uklart, og vil gjennomgå under kapittelet om forbudet mot direkte angrep på sivile mål. Når det gjelder definisjon av militære gjenstander, er definisjonen i sedvanerettsstudien til ICRC¹²⁸ identisk med definisjonen i Tilleggsprotokoll nr I artikkel 52(2);

"(...) to those objects which by their nature, location, purpose or use make an effective contribution to military action and whose total or partial destruction, capture or neutralization, in the circumstances ruling at the time, offers a definite military advantage..".

Hva som inngår i dette begrepet vil bli diskutert under kap 2.3.2 "Vilkårlig angrep", som også inneholder påbudet om kun å rette angrep mot militære gjenstander.

2.2 Strategiske og operasjonelle utfordringer i interne konflikter

Respekt for distinksjonsprinsippet møter stadig økte utfordringer i moderne kriger blant annet gjennom økt innslag av krigføring i urbane strøk, asymmetriske strategier og nye midler og metoder.¹²⁹ De forutsetninger, tilnærminger og virkemidler som legges til grunn for den måten militære styrker løser sine oppgaver på, vil derfor også være i kontinuerlig utvikling. I dette kapitlet vil jeg ta for meg enkelte strategiske og operasjonelle utfordringer i interne konflikter konsentrert til hhv. hvem som kan anses som stridende og legitime mål, utfordringer knyttet til konfliktens rasjonalitet, konsekvenser av asymmetrisk krigføring og krigføringsområde, og til sist trenden med økt integrert militær/sivil innsats. Jeg vil deretter foreta en mer rettslig drøfting av enkelte sentrale regler i tilknytning til distinksjonsprinsippet, og se nærmere på hvordan utfordringene kan influere på forståelse og anvendelse av disse reglene.

¹²⁸ ICRC 2005, regel 8

¹²⁹ Quèguiner (2008) s. 175. Som eksempel nevnes Computer Network Attacks (elektronisk krigføring)

2.2.1 Hvem er de stridende og hvilken status har de?

”The first day that I had seen the enemy and I realized we were fighting a different force. They weren’t in uniform. They were civilians individuals that were running around with weapons, people dressed as civilians that were engaging our forces from that site”¹³⁰

Selv om dette sitatet fra en amerikansk major fra den innledende fasen i Irak-krigen som da var en internasjonal væpnet konflikt, illustrerer sitatet hvilken utfordring som ofte møter de stridende i interne konflikter. På tross av presumpsjonsprinsippet vil sivile trolig bare bli respektert dersom fiendtlige kombattanter kan forvente at de som ser ut som sivile ikke angriper dem. Usikkerheten som følger av dette kan også føre til at sivile, urettmessig, oftere blir både offer for bevisste angrep, og i mindre grad vurdert som beskyttelseverdige i planlegging og utførelse av militære operasjoner. Både for å respektere forbudet mot direkte angrep på sivile mål, påbudet om kun å angripe militære mål, og at sivile skal beskyttes mot effekten av krigføringen, er derfor utfordringen mht. identifisering og målvalg spesielt viktig. For å lykkes i opprørsbekjempelse¹³¹ kan for eksempel likvidering av individuelle lederskikkelser ofte være aktuelt, og i hvilken grad dette kan forsvares opp i mot individuell status vil kunne være utfordrende. Det kan også være store utfordringer med at enkeltindivider ofte beveger seg inn og ut av slike opprørsbevegelser.¹³²

Relatert til spørsmålet om hvem som er de stridende er det også en utfordring at interne konflikter kan ha et uklart og glidende grensesnitt mot internasjonal væpnet konflikt, og etablere en såkalt *internasjonalisering* av interne konflikter. Dersom konflikten endrer status til internasjonal væpnet konflikt vil dette påvirke den individuelle statusen til de stridende, og begge parter bli innrømmet kombattantstatus. Dette vil i så fall også forandre rettigheter tilknyttet fangebehandling, og krigsfangestatus skal gis. Samtidig vil en stridsdyktig kombattant også være et lovlig mål hele tiden.

¹³⁰ Gordon og Bernard sitert i Solis (2010) s. 254

¹³¹ Gjerne kalt *Counterinsurgency* (COIN).

¹³² US 2007 s. 22 punkt 1-66

2.2.1.1 Uklarheter om individuell status grunnet *internasjonalisering*

Terskelvurderinger knyttet til en såkalt *internasjonalisering* av konflikten kan forekomme på flere måter. For det første kan det være snakk om tilfeller hvor det skjer en *intervensjon fra internasjonale styrker*. Det er imidlertid ikke gitt at dette dermed medfører at den væpnede konflikten er å anse som internasjonal. Det sentrale er hvilke konfliktrelasjoner den eksterne staten får. Dersom intervensjonen er til støtte for myndighetene mot opprørerne, forblir konflikten ikke-internasjonal. Er intervensjonen derimot til støtte for opprørerne mot myndighetene, skal konfliktrelasjonen mellom styrker fra den eksterne staten og myndighetene reguleres som en internasjonal konflikt, mens konfliktrelasjonen mellom myndighetene og opprørerne er mer uklar. Kolb (2008) hevder her at konflikten blir delt i to regimer, mens Solis derimot hevder at konflikten i et slikt tilfelle blir internasjonal.¹³³ Dette forutsetter muligens implisitt at opprørsgruppen erklærer lojalitet til den eksterne staten som intervenserer, og blir del av denne statens væpnede styrker, jf. Genèvekonvensjon nr. III art 4A (2) og (3).¹³⁴ Dersom den eksterne staten ikke fysisk intervenserer med egne styrker, men opprørerne derimot opptrer *på vegne av* en ekstern stat¹³⁵, blir konflikten mellom opprørerne og myndighetene internasjonal.¹³⁶ Det vil ikke rekke for en ekstern stat å bare forsyne med ressurser, men må også inneha overordnet kontroll over opprørsgruppen. Når det gjelder testkriterier for grad av kontroll er to ulike dommer ved hhv. ICTY i *Tadic*,¹³⁷ og ICJ i *Nicaragua vs USA* ofte referert til.¹³⁸ ICJ la seg her på en linje om *effektiv* kontroll,¹³⁹ mens ICTY la seg på en linje med *overordnet* kontroll for at en stat skulle knyttes til handlingene. ICTY mente her at ICJ hadde avdømt en grense mht. individer og uorganiserte grupper, mens grensen ICTY avdømte var mht. kontroll over organiserte

¹³³ Se Kolb (2008) s 80 og Solis (2010) s. 155. Kolb støtter seg her på ICJ og *Nicaragua vs USA* para 219 som slår fast at konfliktrelasjonen med Nicaragua blir forskjellig for hhv. *contras* og USA.

¹³⁴ Dette støttes også av at Solis (s. 156) hevder at konflikten i Afghanistan på samme tid hadde både en internasjonal og en ikke-internasjonal væpnet konflikt pågående samtidig når USA invaderte i sør. I nord fortsatte en ikke-internasjonal væpnet konflikt mellom Taliban og Nord-Alliansen.

¹³⁵ Solis (2010) s. 155

¹³⁶ Fleck (2008) s. 606 para 1201 (3a)

¹³⁷ ICTY AC 1999 *Tadic – Judgement*, para 145

¹³⁸ ICJ 1986 *Nicaragua vs USA*, para 115

¹³⁹ Med effektiv kontroll mentes at USA på en direkte måte styrte den konkrete handlingen.

væpnede grupper. Da var kravet til detaljert kontroll mindre.¹⁴⁰ Skulle det også forekomme intervensjon fra en annen ekstern stat til støtte for en annen part enn den første staten som intervenerte, vil relasjonen mellom disse og til myndighetene bli som en internasjonal konflikt.

En annen konflikttype som er ganske aktuell er *konflikt med ikke-statlig aktører på tvers av landegrenser*. Denne type konflikt er blitt aktualisert blant annet gjennom USAs såkalte krig mot terror, og da spesielt mot Al-qaeda. Terroristangrep kan både klassifiseres som kriminell aktivitet og væpnet konflikt. Det må avgjøres ift. terskelverdier mot intern uro og sporadiske hendelser. Er terroristene godt nok organisert, angrepene av tilstrekkelig intensitet, og det foregår over lang tid, kan det hevdes at det eksisterer en væpnet konflikt. Dersom dette ikke er tilfellet vil det være snakk om ren kriminalitet.¹⁴¹ Skal det kunne karakteriseres som væpnet konflikt, er det imidlertid lite trolig at dette kan foregå på tvers av mange landegrenser, men være konsentrert til et bestemt geografisk område av avgrenset karakter. Er organisasjonen spredt over hele verden, er det lite sannsynlig at kravet til intensitet og sammenhengende væpnede sammenstøt kan tilfredsstilles uansett hvor godt organisert organisasjonen måtte være. Imidlertid kan terrororganisasjonen så lenge de er ikke-statlige aktører (uten å være kontrollert av en stat¹⁴² uansett ikke bidra til å gjøre en væpnet konflikt internasjonal.¹⁴³ Koblingen til en stat er derfor sentral¹⁴⁴ når det skal gjøres vurdering av konflikter på tvers av landegrenser.

¹⁴⁰ ICTY brukte her også en tredje test som gikk på hvor opprørerne hadde sin lojalitet.

¹⁴¹ Solis (2010) s. 157

¹⁴² Fleck (2008) s. 607 para 1201 (3c)

¹⁴³ Solis (2010) s. 157. Se også Fleck (2008) s. 608 para 1201 (3c)

¹⁴⁴ Fleck (2008) s. 605, para 1201 (2b)

2.2.1.2 Summarisk oversikt internasjonalisering

Basert på diskusjonen over kan ulike konfliktsituasjoner og tilhørende regime for regler i krigens folkerett oppsummeres i følgende oppstilling:

Situasjon	Konfliktrelasjon	IAC ¹⁴⁵	NIAC
Intervensjon fra utenlandske styrker	Konflikt mellom lokale myndigheter og opprørere		X
	Konflikt mellom utl. styrke (som støtter lokal myndighet) og opprørere		X
	Konflikt mellom utl. styrke (som støtter opprørere) og lokal myndighet	X	
	Konflikt mellom to ulike utenlandske styrker som støtter hver sin side	X	
Intervensjon fra FN	FN styrker er nøytral part		X
	Fiendtlig relasjon mellom FN-styrker og lokal myndighet ¹⁴⁶	X	
Borgerkrig med fullendt separasjon	Konflikt mellom lokale myndigheter og opprørere (både opprinnelig og senere i ny stat)		X
	Fortsatt konflikt mellom opprørere som har overtatt territoriell kontroll (og oppnådd internasjonal anerkjennelse som stat) og styrker fra opprinnelig stat og/eller opprørere i ny stat som disse kontrollerer	X	
	Konflikt innenfor territoriet til opprinnelig stat ¹⁴⁷	(X)	(X)
Andre situasjoner	Opprør mot kolonistyre og fremmed okkupasjon og rasistiske regimer	X	
	Konflikt med ikke – statlig aktører på tvers av landegrenser		X

Tabell 1 – Summarisk oversikt over konfliktsstatus – internasjonalisering¹⁴⁸

2.2.2 Hva er konfliktens strategiske mål?

Helt andre type utfordringer kan også eksistere ut fra det mer politiske og militærstrategiske plan, og andre motiver og retningslinjer for voldsutøvelsen. For det første vil det forekomme konflikter hvor sivilbefolkningen i seg selv er målet. I motsetning til i mellomstatlige konflikter, hvor den normale rasjonalitet handler om å

¹⁴⁵ Med IAC og NIAC menes hhv. *international armed conflict*, og *non-international armed conflict*.

¹⁴⁶ Dersom utplasserte FN-styrker blir engasjert i en fiendtlig relasjon med myndighetene vil konflikten sannsynligvis bli regulert som *internasjonal* konflikt. Hvilke regler som gjelder er imidlertid omstridt og det sikreste vil derfor være å anta at regler for internasjonal konflikt vil gjelde (Kolb (2008) s. 81)

¹⁴⁷ Her vil det nok være en sammensatt og flytende situasjon. Dersom opprørerne med tilhørighet til ny stat fortsatt befinner seg på opprinnelig territorium, men ikke er styrt av ny stat er det en NIAC situasjon. Dersom de derimot blir kontrollert av ny stat vil det bli en IAC situasjon.

¹⁴⁸ Basert på Kolb (2008) s. 80-82, Fleck (2008) s. 606-608 para 1201, og Solis (2010) s. 154-168

nedkjempe den andre stats militære kapasitet, vil dette spesielt gjelde interne konflikter, da den væpnede konfliktens rasjonale ikke nødvendigvis bare handler om en opposisjon mot den sittende regjering (og i praksis kamp mot dennes militære evne til å slå ned opprøret), eller væpnet maktkamp med en annen væpnet gruppe om effektiv kontroll i fravær av en effektiv regjering. Interne konflikter kan også være basert i kulturelle og identitetsbaserte skillelinjer mellom folkegrupper hvor selve målet og rasjonale med den væpnede aktiviteten er å ramme medlemmer av den andre folkegruppen.

Moderne interne konflikter er også tett koblet til organisert kriminalitet. Her vil det være kunne eksistere flytende grensesnitt mellom et opprinnelig politisk prosjekt, og noe som etter hvert går over til å være mer motivert av kriminelle aktiviteter basert på noe som opprinnelig kun var en finansieringsaktivitet. Dette vil også kunne forsterke tendensen med å terrorisere og plyndre sivilbefolkningen. Opprørsgrupper tiltrekker seg ofte en rekke ulike typer stridende som vil være motivert av mye annet enn rene politiske motiver. Dersom motivasjonen til opprørerne først og fremst blir egen profitt kan det fort også bli et spørsmål om konfliktsituasjonen i det hele tatt lenger er en væpnet konflikt. I slike tilfeller vil det være et viktig grensesnitt ovenfor intern uro, og å avklare grad av legitim maktbruk ovenfor ”opprørere”.¹⁴⁹ Ved alle disse tilfellene blir krigføringen samtidig også brudd på enkelte grunnleggende garantier mht. human behandling. De rettslige forhold knyttet til dette vil bli omtalt nærmere i kap. 2.3.1.3.

Krigføeringsstrategien hos konvensjonelle styrker vil ved opprørsbekjempelse også kunne ha andre mål enn i en mellomstatlig krig. I en såkalt *counterinsurgency* (COIN) strategi, vil også det overordnede målet gjerne være å beskytte de sivile. Rupert Smith kaller dette å vinne *hearts and minds* fremfor å nedkjempe militær evne til en motstander, som kan vise seg å være umulig.¹⁵⁰ Det er gjerne gjennom å fjerne støtten fra sivilbefolkningen at opprørerne vil miste sin makt, og situasjonen kan komme under kontroll. Selv om strategien på mange områder vil være basert på å beskytte sivilbefolkningen mest mulig, vil en slik alternativ strategi også kunne utfordre tradisjonelle forståelser av hva som er *militære* mål.

For vestlige stater har det også vært et paradigmeskifte omkring en endring fra eksistensiell territorial trussel til en tilstand av diffus risiko av en rekke ulike ikke-

¹⁴⁹ USA 2007 s. 17-20. US Army COIN Field Manual, 2007. Refereres videre som USA 2007

¹⁵⁰ Smith (2006) s. 270-278

eksistensielle trusler. Involvering i konfliktrelaterte forhold langt borte vil i større grad enn tidligere ha påvirkning, og hvor en følge av at den eksistensielle trussel knyttet til eget territorium på mange måter er borte, også betyr at bruk av militærmakt ikke lenger vil kunne basere sin legitimitet kun knyttet til konseptet om statssikkerheten, men også forsvar av verdier som demokrati og menneskerettigheter, og dermed også være bundet av etikk og internasjonal rett.¹⁵¹ Ved eksterne intervensjoner stilles det i dag store krav til balansert bruk av makt.¹⁵² Som en konsekvens av dette vil sideeffekter av kamphandlinger også være mindre akseptable. Både for å lykkes med den militære strategien, og for å opprettholde legitimiteten hos den hjemlige opinion, forventes de militære styrkene å anvende makt på en meget proporsjonal og svært presist måte, innrettet for å unngå utilsiktet skade, og må legge vekt på å etterlate et operasjonsområdet fritt for ammunisjon og andre etterlatenskaper som kan skade sivile.

Slike forhold kan også kanskje virke mot hensikten mht. at fienden ”leser avisen”, og utfordrer de vestlige styrkenes oppfattelse av suksess gjennom å ”gå der det svir mest” overfor hjemlig opinion. Et påfølgende overfokus og ekstrem forsiktighet utover det nødvendige iht. krigens folkerett ”i det godes navn” kan videre hemme militær effektivitet og suksess. På den måten kan en konflikt bli forlenget unødig med mer negative konsekvenser for sivilbefolkning enn en lavere terskel i selve krigføringen mht. vurderinger om opprettholdelse av distinksjonsprinsippet.

2.2.3 Utfordringer med krigføringmetoder og operasjonsområde

Militære operasjoner foregår i økende grad i tett befolkede områder,¹⁵³ og i tillegg gjerne under asymmetriske betingelser mellom de stridende. Dette kan samtidig være undergravende for distinksjonsprinsippet på flere måter. Ofte vil en motstander som er teknologisk underlegen velge eller bli tvunget til å benytte seg av midler og metoder som kan omfatte terror, geriljatakikk, sabotasjehandling, improviserte miner og våpen.

Mht. irregulære styrker vil de for det første tilpasse seg til en geriljatakikk som vanskeliggjør skillet mellom de sivile og stridende. Dernest vil det kunne være

¹⁵¹ Matlary (2009) s.17-19

¹⁵² USA 2007 s 54 punkt 2.4

¹⁵³ Smith (2007) s. 278

utfordringer knyttet til de krigføringmetoder som da benyttes. For å oppnå støtte eller toleranse for sin aktivitet ift. en opposisjon til myndighetene, kan opprørere velge å bruke tvang som ofte inkluderer terroristtaktikk, vold og trusler om vold. Om den ikke vil være veldig effektiv for *aktiv* støtte til opprørerne kan den være vellykket som *passiv* støtte, eller for å unngå aktiv støtte til myndigheter, eller andre som operere på myndighetenes side.¹⁵⁴ Slik taktikk vil også gjerne inneholde kidnapping og drap på lokale ledere for å skremme mot samarbeid med den gjeldende regjering, og aktiv bruk av lovnader om å levere sikkerhet eller trusler om å fjerne forvaltning av sikkerhet overfor byer eller landsbyer. Opprørerne vil gjerne også utføre angrep på sivilbefolkningen kun for å undergrave tillit til lokal myndighet som forvalter av sikkerhet, og for å undergrave legitimiteten til eventuelle eksterne styrker som har kommet for å støtte lokale myndigheter. Situasjonen for sivilbefolkningen kan også forverres ytterligere ved at lokale myndigheter overreagerer og bruker overdreven maktbruk for å vise fasthet, eller i sin jakt på opprørere.¹⁵⁵ Slik taktikk for å provosere frem overdrevne og ukontrollerte responser fra myndigheter og andre er ofte en vanlig taktikk.¹⁵⁶ Her vil det både relatert til opprørerne og regjeringsstyrker kunne være brudd på direkte angrep og terror for å spre frykt.

Hos den ”svake” part vil de også gjerne besitte våpen som er dårlige til å diskriminere mellom sivile og militære mål. På grunn av begrenset rekkevidde, eller for å skape stor psykologisk effekt, foretas operasjoner gjerne også under relativt ”trygge” omgivelser for å oppnå maksimal skade. Operasjonen foregår gjerne et sted hvor de konvensjonelle styrkene har mindre egenbeskyttelse fordi de er omgitt av sivile, og hvor det slås til på ubeskyttede plasser. En COIN-strategi vil generelt også *oppfordre* til mindre beskyttelse, og til at de konvensjonelle styrkene skal gå blant sivilbefolkning for å skape tillit til lokal befolkning.

For den ”sterke” part kan den teknologiske utviklingen på den ene siden sikre mer leveringspresisjon i selve våpnene, men dette følger samtidig også av en utvikling hvor de konvensjonelle styrkene i stadig større grad er lengre unna selve målet. Dette bygger opp en større avhengighet til etterretning og verifikasjon av målvalg. Til

¹⁵⁴ US 2007 s 105 pkt 3-91

¹⁵⁵ US 2007 s 16 pkt 1-44 og 1-45

¹⁵⁶ Smith (2006) s. 276-277

eksempel kan det sitte ”piloter” i Pentagon å fjernstyre droner i Afghanistan via fjernkontroll. Fysisk distanse kan kanskje også påvirke psykologisk mht. trusselvurdering og mistolkning av informasjon om målet. Denne utviklingen stiller strenge krav til planlegging og øker kravet til de prosesser som må understøtte kravene til forholdsregler.

Videre vil operasjonsområdet i slike konflikter være meget sammensatt med små avstander mellom relativt ”rolige” og siviliserte områder til områder med krigshandlinger av høy intensitet. En slik dynamikk vil kunne skape et meget utfordrende operasjonsmiljø hvor konvensjonelle styrker vil møte sivile i mange former i hyppige skifter.¹⁵⁷ At krigføringen generelt også i stor grad foregår *blant* sivilbefolkning med potensielle store negative konsekvenser for sivilbefolkning vil uansett sette store krav til vurderinger mht. vilkårlig angrep, proporsjonalitet og forholdsregler. Ikke minst vil dette også være gjeldende fordi en viss mengde av sivilbefolkningen også støtter opprørere. Det skal i den forbindelse heller ikke undervurderes at befal og offiserer på lavt nivå og med varierende erfaringsbakgrunn i økende grad vil måtte ta raske og strategiske vurderinger knyttet til målvalg i et dynamisk operasjonstempo. Dette kan utfordre kvaliteten i avgjørelsene.¹⁵⁸

2.2.4 Hva betyr økende deltakelse fra ikke-militære styrker?

I dagens dominante konflikter er det i økende grad også snakk om såkalt ”*comprehensive approach*”, spesielt når vestlige styrker er involvert. Dette vil si at større militære operasjoner i stadig økende grad er avhengig av et tett samvirke med ikke-militære aktører for å lykkes. Operasjonene vil i økende grad gjennomføres integrert der politiske, militære, utviklingsmessige og humanitære virkemidler ses i sammenheng. F. eks. har EU gjort det til en del av sin sikkerhetspolitiske strategi å benytte alle virkemidler i tillegg til de militære¹⁵⁹ som del av den samlede innsatsen. De samme strategiske endringene ser en også i amerikanske strategier, og er en del av det som omfattes av COIN. Sammenkoblingen mellom militær og sivil innsats kan ses på i hele spekteret fra ren humanitær hjelp på den ene siden, til integrasjon av sivile enheter

¹⁵⁷ USA 2007 s14 punkt 1-37

¹⁵⁸ Krulak, Charles C. (1999): ”*The Strategic Corporal: Leadership in the Three Block War*” Marines Magazine, January 1999

¹⁵⁹ Solana (2008): EUs strategi for CSDP - Security Strategy av 2003 – oppdatert i 2008.

under militær kommando som del av de væpnede styrker. På det humanitære området har det i Norge vært en sterk holdning til å skille på militær og sivil innsats, og spesielt norske nødhjelpsorganisasjoner har en slik holdning. Fra disse fremholdes en vektlegging av prinsippet om nøytralitet, og viktigheten av ikke å bli koblet til en part i konflikten. Isolert sett understøtter *comprehensive approach* det humanitære prinsipp om å redusere effekten av krigføring på sivilbefolkning, i tillegg til å bidra til samfunnsbygging. På den annen side er det heller ikke utenkelig at dette samtidig kan utfordre oppfyllelse av distinksjonsprinsippet. Det kan ligge en iboende interessemotsetning mht. humanitet (*bidra med mer enn militære virkemidler til støtte for de sivile*), og distinksjonsprinsippet ved at motstandere (opprørere) lettere vil kunne peke ut sivile ”styrker” som mål – med andre ord identifisere en rekke sivile initiativ som en *part* i konflikten. De humanitære hensyn mht. å bidra til å sikre fundamentale rettigheter til sivilbefolkningen i operasjonsområdet kan utfordre opprørernes rasjonale bak opprøret og krigføringen. Det kan komme til uttrykk gjennom at sivile vil utføre oppgaver som er til støtte for én av partenes politiske prosjekt med konflikten – og således *oppfattes* som krigføring med andre midler.

2.3 Rettslige vurderinger mht. regler for de stridendes midler og metoder

Basert på ovennevnte diskusjon vil jeg nå diskutere de mer rettslige problemstillingene ved konkrete regler som direkte eller indirekte er rettet mot understøttelse av distinksjonsprinsippet. Alle de nevnte utfordringene vil i større eller mindre grad også kunne påvirke tolkning og vurderinger i anvendelsen av ulike regler knyttet til begrensninger på midler og metoder. Selv om regelen i seg selv ikke er problematisk, trenger verken forståelsen eller tolkningen nødvendigvis å være det.

2.3.1 Direkte angrep på sivile mål

Forbudet mot direkte angrep på sivile mål i ikke-internasjonalt væpnet konflikt kommer direkte til uttrykk både gjennom Tilleggsprotokoll II artikkel 13(2) når det gjelder sivile, og gjennom ICRCs sedvanerettsstudie.¹⁶⁰ Dermed inkluderer det også forbud mot

¹⁶⁰ Rule 1. The parties to the conflict must at all times distinguish between civilians and combatants. Attacks may only be directed against combatants. Attacks must not be directed against civilians.
Rule 6. Civilians are protected against attack, unless and for such time as they take a direct part in hostilities.

angrep på sivile objekter. Bestemmelsene reflekterer i så måte også artikkel 51(2) og 52(1) i Tilleggsprotokoll I. Med angrep menes i denne sammenhengen direkte voldshandlinger i både offensive og defensive operasjoner,¹⁶¹ og er i så måte ikke begrenset til den part som har initiert konflikten. Eventuelle sekundære negative effekter av et angrep mot lovlige mål vil måtte vurderes opp mot proporsjonalitetsprinsippet. Et forsettlig eller grovt uaktsomt¹⁶² angrep på sivile er en krigsforbrytelse iht. ICC art. 8(2)(e)(i), og som for internasjonale væpnede konflikter¹⁶³ kan et angrep på sivile gjenstander også være en krigsforbrytelse i ikke-internasjonal væpnet konflikt iht. ICC.¹⁶⁴ Som nevnt over er det en særlig utfordring for distinksjonsprinsippet i interne konflikter å identifisere hvem som er stridende. Til dette hører også med å vurdere hvorvidt de stridende har et ansvar for å skille seg ut fra sivilbefolkningen.

2.3.1.1 Hvilket ansvar har de stridende til å skille seg ut fra sivilbefolkningen?

Et slikt krav er ikke etablert direkte ut av traktatteksten verken i felles artikkel 3 eller Tilleggsprotokoll II, og heller ikke i ICRCs sedvanerettsstudie eller San Remo manualen av 2006. Til en viss grad kan det imidlertid være relevant å utlede en slik plikt gjennom forbudet mot å skade eller drepe en motstander ved svik.¹⁶⁵ Et slikt forbud er identifisert som sedvane i ikke-internasjonal konflikt både gjennom ICRC 2005 regel 65, og San Remo 2006 regel 2.3.6. I følge ICRC 2005 betyr svik i denne sammenhengen "*acts inviting the confidence of an adversary to lead him to believe that he is entitled to, or obliged to accord, protection under the rules of international law applicable in armed*

Rule 7. The parties to the conflict must at all times distinguish between civilian objects and military objectives. Attacks may only be directed against military objectives. Attacks must not be directed against civilian objects.

Rule 10. Civilian objects are protected against attack, unless and for such time as they are military objectives

¹⁶¹ Jf. Tilleggsprotokoll nr. I, Art. 49(1)

¹⁶² Solis (2010) s. 257 som siterer Prosecutor v. *Galic*, para 54 (IT-98-29-T, 5. des 2003) og Prosecutor v. *Blasic*, para 180 (IT-95-14-T, 3 mars 2000)

¹⁶³ ICC Art 8(2)(b)(ii)

¹⁶⁴ ICC Art 8(2)(e)(xii). Bestemmelsen har her en annen ordlyd enn for internasjonal væpnet konflikt, men substansen er den samme.

¹⁶⁵ Dahl (2008) s. 297

conflict”.¹⁶⁶ Denne definisjonen er også gjenbrukt av ICC som angir det samme forholdet som en krigsforbrytelse.¹⁶⁷ Da stridende fra regjeringssiden normalt vil være identifiserbare gjennom sin uniform, vil påbudet om å skille seg ut fra sivilbefolkningen først og fremst være rettet mot stridende fra opprørsgrupper, dog først og fremst når den stridende er i ferd med å iverksette eller utfører kamphandlinger.¹⁶⁸ Å simulere sivil status mens man deltar i militære operasjoner er også i angitt som ulovlig av domstolene.¹⁶⁹ Bestemmelsen er på den annen side først og fremst rettet mot bruk av svik for å skade eller drepe, og ikke for å *unngå* å bli skadet eller drept. Bestemmelsen er likevel basert på en respekt for distinksjonsprinsippet slik at sivil status ikke misbrukes. Det kan derfor også hevdes at et slikt krav *må* gjelde av den enkle grunn at for at sivile i det hele tatt skal bli respektert i ikke-internasjonale væpnede konflikter, slik distinksjonsprinsippet krever, så er eneste mulighet for at de stridende skal evne å foreta et slikt skille at de samtidig nettopp gjør det. På hvilken måte bør løses *mutatis mutandis* med kravet i internasjonal væpnet konflikt.¹⁷⁰

Dette understøttes også av Dahl (2008) som hevder at en analogisk anvendelse av artikkel 4A(2) i Genèvekonvensjon nr. III, gjeldende for militser og organiserte motstandsbevegelser i internasjonal væpnet konflikt kan anvendes.¹⁷¹ Dette inkluderer blant annet å bære fastsittende kjennetegn, kjennelig på avstand, og bære våpen åpent. Gjennom artikkel 44(3) i Tilleggsprotokoll nr. I fritas det imidlertid for kravet til fastsittende kjennetegn, og det gis også unntak til det generelle kravet til å bære våpen åpent. Våpen trenger da kun å bæres åpent under selve utøvelsen av angrepet, og ”*during such time as he is visible to the adversary while he is engaged in a military deployment preceding the launching of an attack in which he is to participate*” I siste setning heter det at dersom disse bestemmelsene overholdes vil det ikke foreligge svik, og det synes derfor også som at dersom disse kravene *ikke* tilfredsstilles vil det

¹⁶⁶ ICRC 2005 regel 65, se også definisjon i Tilleggsprotokoll I art. 37.

¹⁶⁷ jf. Roma-vedtektene for ICC art. 8, 2 (e) (ix)

¹⁶⁸ Dahl (2008) s. 297

¹⁶⁹ Dahl(2008) s. 307. I Tadic-saken ble det henvist til en dom i Nigerias høyesterett i saken *Pius Nwaoga v The State* som bekreftet dette.

¹⁷⁰ Sassòli og Bouvier (2006) s. 258-259

¹⁷¹ Dahl (2008) s. 298. Se også Solis (2010) s. 126-127 for diskusjon om krav til kombattanter.

sannsynligvis kunne rammes av bestemmelsen om svik.¹⁷² Selv om disse minstekravene i internasjonale væpnede konflikter er knyttet til å kvalifisere for krigsfangestatus, er det likevel også klart at bestemmelsens formål er å understøtte distinksjonsprinsippet;

“...(I)n order to promote the protection of the civilian population from the effects of hostilities, combatants are obliged to distinguish themselves from the civilian population while they are engaged in an attack or in a military operation preparatory to an attack...”

Begrepet ”*combatant*” brukes som en gjennomgående beskrivelse i artikkel 44 på de stridende i relasjon til status som krigsfange, og ikke som et kriterium i relasjon til kravet om å skille seg fra sivilbefolkningen. Bestemmelsen er videre rettet mot militser/gerilja. Unntakene fra artikkel 4A i Genèvekonvensjon nr. III er først og fremst knyttet opp til å tillate at den stridende har en realistisk evne til i det hele tatt til å foreta en militær handling, men er fritar ikke fra alltid å bli vurdert opp i mot regelens grunnleggende formål, som er å unngå en svekkelse av beskyttelsesvernet for de sivile. Hovedregelen må derfor bli at det foreligger en plikt til å skille seg fra sivilbefolkningen umiddelbart i forkant av eller under utførelsen av en militær operasjon. En analogisk overføring av dette prinsippet til også å gjelde ikke-internasjonal væpnet konflikt synes ikke urimelig, all den tid de samme unntaksbestemmelsene vil kunne være aktuelle her. Oppsummert kan en derfor si at kravene ikke kan være høyere enn for militser i internasjonale væpnede konflikter, men heller ikke lavere. Kravet til militser i artikkel 44(3) er allerede et kompromiss med distinksjonsprinsippet for å i det hele tatt gi en realistisk mulighet til å ta opp kamp mot en okkupant. Lavere krav vil nærme seg bestemmelsen om svik.

Indirekte bør det kanskje også kunne pålegge en plikt til å skille seg ut fra sivilbefolkningen under kamphandlinger utledet fra forbudet mot bruk av menneskelige skjold. Formålet med dette forbudet er at bruk av menneskelig skjold vil øke sannsynligheten for skade på sivile fordi motstanderen risikerer å skade sivile gjennom sitt angrep.¹⁷³ Bruk av menneskelige skjold for å unngå angrep er derfor forbudt som

¹⁷² Tilleggsprotokoll nr. I, Art. 37 para. 1 (c). Se også kommentarene til art. 44 (3).

¹⁷³ Det kan tenkes at motstanderen angriper lovlig selv om det finnes sivile i nærheten av det militære målet dersom proporsjonalitetsprinsippet opprettholdes. De sivile vil da bli sett på som *collateral damage* innenfor et akseptabelt nivå ift. militær nødvendighet.

defensiv taktikk fordi det setter sivile i fare, og øker sannsynligheten for unødvendige sivile tap. Den samme logikken vil ligge bak en plikt til å skille seg ut. Ved ikke å skille seg ut som en defensiv taktikk for å *unngå* å bli angrepet vil beskyttelsesvernet til sivile settes i fare, og sannsynligheten for at motstanderen vil ta feil og sivile rammes, øke.

2.3.1.2 Når vil sivile kunne være lovlige mål?

Siviles beskyttelsesvern er ikke absolutt. Beskyttelsesvernet vil falle bort dersom den sivile på en eller annen måte aktivt deltar, og således blir en part i konflikten. Begrepet som gjennomgående brukes er at sivile er berettiget til et beskyttelsesvern "*unless and for such time as they take a direct part in hostilities*".¹⁷⁴ Hva som skal regnes som direkte deltakelse i fiendeligheter, og i hvilken grad dette skal avgrenses i tid, har imidlertid vært svært vanskelig å definere, og gjenstand for diskusjon siden begrepet ble introdusert. Dette ble også erkjent i sedvanerettsstudien til ICRC i 2005. For at det skal være en form for balanse mellom de stridende også i ikke-internasjonalt væpnet konflikt inntar San Remo manualen det standpunkt at det vil eksistere såkalte "fighters".¹⁷⁵ Disse må ses på som sivile som på en nokså permanent basis mister sitt beskyttelsesvern grunnet aktiv deltakelse. I 2009 la imidlertid ICRC frem en ny veileder som øker klarheten i hvordan begrepet knyttet til direkte deltakelse skal tolkes, og introduserer også begrepet "*continuous combat function*".¹⁷⁶

2.3.1.2.1 Direkte deltakelse i fiendtligheter

Med direkte deltakelse refereres det til spesifikke fiendtlige *handlinger*. I kommentarene til Tilleggsprotokoll nr. I¹⁷⁷ vises det til at dette er handlinger som i sin natur og formål, sannsynligvis vil påføre skade på personell eller materiell til fiendens væpnede styrker. En *direkte* deltakelse indikerer en direkte årsakssammenheng mellom den utførte handling og den skaden som er påført fienden i det tidspunkt og sted hvor handlingen finner sted. Selv om dette er gode retningslinjer for begrepet, har det også sine

¹⁷⁴ ICRC 2005: Rule 6. Civilians are protected against attack, unless and for such time as they take a direct part in hostilities.

¹⁷⁵ San Remo 2006 regel 1.1.2

¹⁷⁶ Solis (2010) s. 202

¹⁷⁷ ICRC kommentarer til art. 51 (3), para 1942-1945

begrensninger.¹⁷⁸ Gjennom ICRC-studien introduseres videre tre kriterier for å klargjøre begrepet om direkte deltakelse. Alle kriteriene må være oppfylt for å regnes som direkte deltakelse i fiendelighetene.¹⁷⁹

For det første må den sivile handling på en sannsynlig måte vesentlig påvirke den militære operasjonen til en part negativt, eller alternativt, sannsynligvis påføre død, skade eller ødeleggelse av personer eller gjenstander beskyttet fra angrep. Dette danner krav til en terskelverdi for handlingens effekt. Det er ikke nødvendig at skade faktisk skjer, bare at det objektivt sett finnes en rimelig sannsynlighet for at det vil skje. Forsøk på å utføre handlingen vil derfor rammes av dette. Det kan også være verdt å merke seg at angrep på sivile mål vil rammes av dette, i motsetning til kommentarene til Tilleggsprotokoll nr. I som bare refererer til handlinger rettet mot fiendens væpnede styrker.

Videre må det være en *direkte* årsakssammenheng mellom handlingen og den skad som sannsynligvis vil oppstå. Dette vil ekskludere produksjon av ammunisjon på en våpenfabrikk og distribusjon fra fabrikk til en konfliktsone, men rammer sjåføren som kjører frem ammunisjonen frem til soldatene som er i kamp. Hvor grensen går i ethvert tilfelle kan være vanskelig å fastslå, men som en hovedregel gir rapporten som fører at *”(w)here civilians voluntarily and deliberately position themselves to create a physical obstacle to military operations of a party to the conflict, they could directly cross the threshold of harm required for a qualification as direct participation”*.

For det tredje må også handlingen ha som sitt formål å påføre en skade av en slik karakter som terskelverdien tilsier, til støtte for en av partene i konflikten og motstand til en annen. Det må med andre ord være en krigførende hensikt, eller kobling mellom handlingen og den tilsiktede skade til den aktuelle væpnede konflikt. Dette ekskluderer for eksempel en sivil som med våpen forsvarer seg mot ulovlige overgrep fra en av partene, da den væpnede handling ikke skjer med formål å støtte noen andre parter i konflikten.

I de tre kriteriene inkluderes også handlinger som utføres i forberedelsesfasen som for eksempel forflytning til og fra det stedet for den direkte deltakelsen skjer, taktisk etterretning, transport av personell, transporter og utplassering av våpen og

¹⁷⁸ Solis (2010) s. 203

¹⁷⁹ Solis (2010) s. 203-204

utstyr inkludert lasting av eksplosiver i en bil ment for en selvmordsbomber. Derimot vil ikke generell oppbevaring eller smugling av våpen, eller finansiell eller politisk støtte rammes av kriteriene.

2.3.1.2.2 Organisert væpnet gruppe

Både felles artikkel 3(1) og Tilleggsprotokoll nr. II erkjenner at det finnes en annen stridende part enn myndighetene, selv om disse ikke innehar status som legitime stridende. De er distinkt fra sivile og er en organisert væpnet gruppe som fungerer som den væpnede styrken til den ikke-statlige parten i konflikten.¹⁸⁰ Dette indikerer videre en de facto tilhørighet til den ikke-statlige parten, og at det vil eksistere et sett med identifiserbare kriterier for medlemskap. Hva som skal regnes som medlemskap har imidlertid vært gjenstand for en god del diskusjon. Dersom en tar som utgangspunkt at de som utgjør medlemmene i en slik organisasjon består av sivile som aktivt deltar i fiendtlighetene, anbefaler rapporten imidlertid at det definerende kriterium for en slik gruppe skal være *kontinuerlig stridsfunksjon*.

2.3.1.2.3 Kontinuerlig stridsfunksjon

Begrepet kontinuerlig stridsfunksjon er et nytt begrep som ikke eksisterer i noen konvensjoner. I motsetning til å anse alle medlemmer i opprørsgrupper som stridende basert på for eksempel uniform eller dokumentasjon, er begrepet konstruert rundt at funksjon skal være det definerende kriterium. Funksjonen kontinuerlig stridsfunksjon må representere en varig tilknytning til en organisert væpnet gruppe som fungerer som den ikke-statlige aktørens væpnede styrke.¹⁸¹ Dette vil samtidig ekskludere uorganiserte og tilfeldige fiendtlige handlinger fra sivile som må vurderes individuelt og konkret ift. kriterium for direkte deltakelse. En vesentlig endring med en slik tolkning er at såkalt "svingdørproblematikk" relatert til sivile som til stadighet beveger seg mellom status som sivil med beskyttelsesvern og korte perioder hvor beskyttelsesvernet faller bort, i praksis kan elimineres. Dette vil bety at sivile som i praksis har fungert som opprørssoldat på permanent basis, vil kunne bli lovlig mål også når de ikke er i ferd med å gjennomføre et angrep, f. eks. om natta når de sover. Det vil utgjøre en stor forskjell for å avklare hvem som er stridende om en person daglig kan veksle mellom

¹⁸⁰ Solis (2010) s. 205

¹⁸¹ Solis (2010) s. 206

beskyttet og ikke-beskyttet, eller om en person som bevisst har gjort seg selv tilgjengelig for en væpnet opprørsbevegelse skal regnes som ikke-beskyttet over en mer kontinuerlig tidsperiode.

2.3.1.3 Angrep eller trussel om angrep på sivile

Særlig ved at krigens rasjonalitet kan være annerledes i en intern konflikt, kan direkte angrep eller om trusler om angrep mot sivile være en bevisst form for krigføring. Utover et brudd på selve distinksjonsprinsippet og begrensninger i krigføring, vil det da ofte være snakk om overgrep og brudd på de grunnleggende humanitære garantier og fundamentale rettigheter. Dette vil med andre ord bety at det er de fundamentale beskyttelsesreglene som danner et mer spesifikt forbud mot konkrete handlinger fra de stridende i sin krigføring. Et viktig poeng her er at noen handlinger er absolutt forbudt - andre prinsipper som militær nødvendighet kan ikke skje på bekostning av slike beskyttelsesvern. Det er med andre ord kun ellers lovlige handlinger (les - ikke eksplisitt forbudte) som alltid skal måles opp mot andre prinsipper. Det vil i denne sammenheng derfor først og fremst være snakk om utfordringer knyttet til etterlevelse av eksplisitte forbud og pålegg.

Når det gjelder konkrete overgrep mot enkeltindivider vil dette gjerne kunne inkludere mord, lemlestelse, onskapsfull behandling og tortur, kollektiv og kroppslig (fysisk) avstraffelse, gisseltaking, voldtekt og generell krenkelse av den menneskelige verdighet.¹⁸² Slike forbrytelser vil også være krigsforbrytelser jf. ICC artikkel 8(2)(c) og 8(2)(e). En særlig utfordring overfor sivilbefolkningen generelt er videre *påtvunget forflytning av sivilbefolkning*. Felles artikkel 3 tar ikke opp dette direkte,¹⁸³ men Tilleggsprotokoll II artikkel 17 setter restriksjoner på at slik påtvunget forflytning ikke skal forekomme om ikke sikkerheten til de sivile er truet. Dette representerer også sedvanerett jf. ICRC 2005 regel 129 B og 131.¹⁸⁴ Å beordre forflytning kan også være straffbart som krigsforbrytelse jf. ICC artikkel 8(2)(e)(viii). En annen taktikk som benyttes og rammer sivilbefolkningen som sådan er *plyndring*. Dette kan i økende grad være et problem når opprørernes rasjonale beveger seg mer mot rene kriminell motiv

¹⁸² Se generelt bestemmelsene i felles artikkel 3, Tilleggsprotokoll nr. II art. 4, og ICRC 2005 regel 87-105

¹⁸³ Dahl (2008) s. 328

¹⁸⁴ Se også San Remo regel 1.2.4(j).

enn politiske. Plyndring er forbudt etter Tilleggsprotokoll II artikkel 4(2)(g), ICRC regel 52 og San-Remo regel 4.1(c), og kan straffes som en krigsforbrytelse jf. ICC artikkel 8(2)(e)(v). Det er videre heller ikke lov å benytte *menneskelige skjold*. Dette er forbudt etter både Tilleggsprotokoll II artikkel 5 (2)(c), ICRC 2005 regel 97, og San-Remo regel 2.3.8. Det er imidlertid ingen eksplisitt bestemmelse i ICC som indikerer at bruk av menneskelige skjold er en krigsforbrytelse i ikke-internasjonale væpnede konflikter. Imidlertid er det ikke umulig å sammenligne menneskelig skjold med forbudet mot å ta gisler som er en krigsforbrytelse gjennom å være brudd på felles artikkel 3.¹⁸⁵ Dessverre er gjerne også generell terrorisering av sivilbefolkningen en økende krigføringstaktikk, også på grunn av det asymmetriske styrkeforholdet mellom partene. Dette er eksplisitt forbudt både i Tilleggsprotokoll II¹⁸⁶ og gjennom sedvane i ICRC studien regel nr. 2;¹⁸⁷

”Acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population are prohibited.”

I følge ICTY¹⁸⁸ er også bruk av represalier absolutt forbudt. Dette er imidlertid ikke alle stater enige i, og forbudet er heller ikke etablert som sedvanerett i sedvanerettsstudien til ICRC for ikke-internasjonale konflikter. Her har flere stater opprettholdt et standpunkt om at dette må være tillatt i ikke-internasjonale væpnede konflikter, men en etablering av sedvane kunne vært mulig ved å samtidig tillate enkelte til å stå utenom, jf. teorien om *persistent objector*.

2.3.1.4 Angrep på sivile gjenstander

Beskyttelsesvern for sivile gjenstander må vurderes i sammenheng med vurdering av hva som kan være et militært objekt, og tilhørende vurderinger om proporsjonalitet og militær nødvendighet. Dette vil bli diskutert under ”Vilkårlige angrep”. Enkelte kategorier er likevel eksplisitt fremhevet som beskyttelsesverdige, og det kreves ekstra varsomhet i vurderinger om militær nødvendighet i disse tilfellene. Dette gjelder til eksempel angrep på uunnværlige sivile gjenstander, installasjoner som inneholder farlige

¹⁸⁵ ICC Art 8(2)(c)(iii)

¹⁸⁶ Tilleggsprotokoll nr. II art. 4 og 13(2)

¹⁸⁷ Se også San Remo manual regel 2.3.9

¹⁸⁸ jf ICTY *Kupreskic* saken para 511, 513

krefter, og angrep på kulturelle gjenstander. I Tilleggsprotokoll nr. II er dette regulert ved artikkel 14, 15 og 16, og i ICRC 2005 ved reglene 53, 42, og 38.

Ift den strategiske utfordringen med integrasjon av militære og sivil innsats kan det på et generelt grunnlag kommenteres at det ikke vil være utenkelig at sivile gjenstander vil kunne oppleve økende grad av angrep. Dette må ses i sammenheng med en vurdering fra opprørere om at de institusjoner og/eller bygninger, brønner, tilsv. som den sivile innsats bidrar til å bygge opp samtidig kan bli identifisert som et symbol på det politiske verdikampen som opprøret eventuelt dreier seg om. Når det er sagt er det i en rettslig sammenheng ingen ting i bestemmelsene i IHL som skulle kunne legitimere slike angrep basert på militær nødvendighet for opprørerne, så lenge disse gjenstander ikke blir brukt i en militær sammenheng, jf. vurderinger om hva som kan defineres som militære objekter.

2.3.1.5 Angrep på humanitær innsats

Sivile humanitære bistandsarbeidere er, gjennom prinsippet om distinksjon, beskyttet mot angrep. Et eksplisitt forbud mot angrep, og et særskilt beskyttelsesvern, er også identifisert som en sedvanerettslig regel i ikke-internasjonale væpnet konflikt, jf. ICRC regel 31 og regel 32. Det er også å regne som en krigsforbrytelse å angripe personell og materiell involvert i humanitær innsats, jf. ICC art 8 e (ii). Disse bestemmelsene er først og fremst rette mot upartisk humanitær bistand til syke og sårede. Om en utvikling innenfor operasjonene om *comprehensive approach* kan skape utfordringer mht. etterlevelsen fra partene til denne, vil dette være ulovlig - men like fullt - ikke umulig. Dersom en tegner en linje hvor livreddende førstehjelp og mat utdeling er på den ene siden, vil mil/siv innstats også kunne strekke seg til institusjonsbygging og opplæring av politi og rettsvesen på den andre siden av skalaen. Dersom opprøret er basert på et opprør mot en sittende regjering, vil alle tiltak som er med på å forsterke dennes posisjon også kunne bli sett på som trussel. For personer som ikke er definert som humanitært personell, vil disse være beskyttet av forbudet mot direkte angrep.

2.3.2 Vilkaarlige angrep

Av distinksjonsprinsippet og formålet med å beskytte sivile fra negative effekter av krigføring, følger logisk også et forbud mot angrep som vil ramme vilkårlig. Det finnes ingen bestemmelser om dette verken i felles artikkel 3 eller Tilleggsprotokoll nr. II, men

er senere inkludert gjennom konvensjonen om forbud og restriksjoner på bruk av visse konvensjonelle våpen.¹⁸⁹ I motsetning til forbudet mot direkte angrep er dette forbudet ikke absolutt, men vil være situasjonsbestemt. For det første vil hva som kan regnes som militært mål være relativt. For det andre vil det også være skjønnsmessige vurderinger knyttet til om de våpen og metoder som benyttes evner å bli innrettet mot det militære målet, og om effekter kan begrenses. Videre vil et angrep mot et militært mål som samtidig forårsaker at sivile mister livet fortsatt kunne være lovlig, men da kun dersom angrepet ikke vurderes til å være uforholdsmessig eller overdrevent i relasjon til den forventede militære fordel. Det eksisterer derfor også et krav til *proporsjonalitet* til ellers lovlige angrep.

Bestemmelsen om forbud mot vilkårlig angrep fremkommer også i ICRC 2005 regel 11, og regel 12¹⁹⁰ gir en definisjon på hva vilkårlig angrep er. Samlet er disse identisk med artikkel 51(4) i Tilleggsprotokoll I;

Indiscriminate attacks are prohibited. Indiscriminate attacks are:

- (a) those which are not directed at a specific military objective;*
- (b) those which employ a method or means of combat which cannot be directed at a specific military objective; or*
- (c) those which employ a method or means of combat the effects of which cannot be limited as required by this Protocol¹⁹¹; and consequently, in each such case, are of a nature to strike military objectives and civilians or civilian objects without distinction.*

For det første slås det fast at vilkårlige angrep er forbudt, og det pålegges et krav om at angrep¹⁹² kun må rettes mot et konkret militært mål. Det er altså ikke tilstrekkelig at angrepet ikke er rettet direkte mot et sivilt mål. Dette er i samsvar med det grunnleggende prinsippet uttrykt i Tilleggsprotokoll nr. I art. 48 om at de stridende bare

¹⁸⁹ Tilleggsprotokoll nr. II av 1996, art. 3(8)

¹⁹⁰ Se også San Remo 2006 regel nr. 2.1.1.3, 2.2.1.1 og 2.2.1.2.

¹⁹¹ Den sedvanerettslige regel har her naturlig erstattet ”*this protocol*” med ”*international humanitarian law*” for å hensepeile til det som er etablert som sedvanerett og ikke Tilleggsprotokoll nr. I.

¹⁹² Med angrep menes både angrep utført som selvforsvar og som et aggressivt angrep. Synspunkter for at dette forbudet kun skulle gjelde for aggressor ble fremmet ifm. forhandlingene om protokollen, men dette ble avvist da det i mange situasjoner vil være meget vanskelig å foreta en objektiv vurdering av hvem og når man handler i selvforsvar, jf. kommentar nr. 1949 til Tilleggsprotokoll I art 51(4).

skal rette sine operasjoner mot militære mål. Således er alle angrep som ikke er rettet mot et bestemt militært mål per definisjon å regne som vilkårlig angrep, og forbudt. Avklaringer på hva som er et militært mål, er dermed viktig for å gjøre distinksjonsprinsippet operativt.¹⁹³

Videre henviser bestemmelsen til at vilkårlig angrep også er de angrep hvor det benyttes midler eller metoder som enten *ikke er i stand til* å innrettes mot et spesifikt militært mål¹⁹⁴, eller hvor *effekten ikke kan begrenses (kontrolleres til et avgrenset område)*. Slike angrep vil derfor også være forbudt. Dette vil til eksempel gjelde bruk av biologiske og kjemiske våpen som i sin natur vil være både ute av stand til å skille mellom sivile og militære mål, og også kontrollere omfanget av.¹⁹⁵

2.3.2.1 Hva kan regnes som et militært mål?

Hva som skal regnes som et militært mål foruten de aktivt stridende med tilhørende militære installasjoner og utstyr, er relativt ift. en militær nytte, og kan være meget vanskelig å definere konkret. Jf. definisjonen på militære gjenstander, er oppsummert et mål militært dersom det 1) på en effektiv og direkte måte bidrar til den militære innsatsen, og 2) et angrep mot dette vil i det konkrete tilfellet gi en direkte og bestemt militær fordel.¹⁹⁶ Målet må med andre ord *både* bli brukt militært av motstanderen, og det planlagte angrepet vil gi en konkret direkte militær fordel for egne styrker, og betinger en konkret og situasjonsbestemt vurdering.

I vurderingen skal det tas utgangspunkt i gjenstandens funksjon ift. sin art, plassering, formål eller bruk. Med *art* menes gjenstandens iboende egenskaper, og det vil for det første inkludere alle militære gjenstander. Sivile gjenstander er i utgangspunktet beskyttet mot angrep, så lenge de ikke kan anses som et militært

¹⁹³ Fleck (2008) s. 177, para 442 (1)

¹⁹⁴ Dette er et generelt forbud uten spesifikk angivelse av konkrete våpen, men det er likevel tenkt på våpen som for eksempel langtrekkende missiler uten gode styringssystemer, eller legging av minefelt uten merking og tidsinnstilt selvestruksjon. Fleck (2008), para 455(3) s.200

¹⁹⁵ Kjernefysiske våpen er imidlertid ikke ansett iht. gjeldende rett å rammes av dette forbudet, jf. ICJ 1996 *Nuclear Weapons Advisory Opinion*, para 92-96. Her kan det muligens også være aktuelt at enkelte former for dataangrep vil være forbudt, f eks ved ukontrollerbare virus etc, som ikke kan begrenses til kun å ramme militære kommando og kontrollsystemer.

¹⁹⁶ Kolb (2008) s. 138

objekt.¹⁹⁷ Med *art* menes derfor også at enkelte sivile gjenstander i kraft av sine egenskaper, naturlig vil kunne ha en militær nytte, som flyplasser, broer, havner etc. Videre kan sivile gjenstander eller geografiske områder gjennom sin *plassering* bli militære mål fordi den aktuelle situasjon gjør plasseringen attraktivt for militær bruk. Med *formål* henstilles det til at en tilsiktet eller fremtidig bruk som vil gjøre det til et militært mål, mens *bruk* vil bety at den nåværende bruken gjør det til et militært mål. Mao kan en skole som er påtenkt eller brukes som militær forlegning bli et militært mål.¹⁹⁸

Dersom det er tvil i klassifiseringen av en gjenstand som normalt er brukt til sivile formål, skal det iht. Tilleggsprotokoll nr. I, artikkel 52(3) antas at denne er sivil. Imidlertid gjelder dette kun i internasjonale væpnede konflikter, og regelen er ikke å anse som sedvane. For ikke-internasjonale væpnede konflikter er dette heller verken konvensjonsfestet, eller identifisert som en sedvaneregel.¹⁹⁹ Argumentasjonen fra stater som USA og Israel at dette kravet strider mot krigens natur som alltid vil inneholde usikkerhet. Videre overfører det ansvaret for å avklare tvil på angriper i stedet for forsvarer, og undergrave motivasjonen hos denne til å skille sivile gjenstander fra militære gjenstander.²⁰⁰ Dersom det på den annen side tar hensyn presumpsjonsprinsippet og prinsippet om forholdsregler, virker det likevel ikke urimelig å anta at det vil foreligge et krav om å anse objektet som sivilt ved tvil av en viss størrelse.²⁰¹

Utfordringene i en ikke-internasjonal væpnet konflikt vil på flere måter kunne ha innvirkning på vurderinger relatert til forbudet mot vilkårlig angrep. Bestemmelsene tar utgangspunkt i at både det bidraget målet representerer, og fordelene ødeleggelsen gir, er en *militær* nytte.²⁰² For det første vil problemer med å identifisere hvem de stridende

¹⁹⁷ ICRC 2005, *Rule 10. Civilian objects are protected against attack, unless and for such time as they are military objectives.*

¹⁹⁸ Solis (2010) s. 24-26

¹⁹⁹ Regelen om å anta at et objekt er sivilt ved tvil er ikke identifisert som en regel i sedvanerettsstudien til ICRC.

²⁰⁰ Kommentarer og utdyping til ICRCs sedvanerettsregel 10

²⁰¹ Prinsippet krever at før beslutning tas, skal alt som er praktisk mulig gjøres for å forvise seg om at angrepsmålene ikke er sivile eller sivile objekter.

²⁰² Kolb (2008) s. 131

er,²⁰³ gi en åpenbar utfordring i korrekte målangivelser. Av dette følger naturlig videre også utfordringer med å identifisere objekter som på en *effektiv måte bidrar* til den militære innsatsen til de stridende, og at en ødeleggelse av disse gir en *merkbar* direkte militær fordel.²⁰⁴ Dette kompliseres videre av at operasjonsområdet ofte foregår i tett befolkede områder blant sivilbefolkningen hvor de stridende i stor grad benytter seg av ressurser fra disse, med dennes frivillige eller ufrivillige støtte. I et slikt miljø vil de stridende ofte også kunne ha en mye mer dynamisk og fleksibel utnyttelse av infrastruktur og geografi slik at identifiseringen av effektive militære mål blir meget vanskelig,²⁰⁵ og feilaktige vurderinger kan derfor oppstå oftere. Motsatt vil en COIN-strategi også generelt oppfordre til at de regulære styrkene skal gå blant sivilbefolkningen for å skape tillit til lokal befolkning, eller de er der også for å beskytte et sivilt objekt: Det kan da presiseres at dette ikke *ipso facto* gjør sivile objekter til et militært mål. Kun *soldatene* vil være det militære målet, mens negativ sideeffekt på de omkringliggende sivile må av opprørerne vurderes opp mot forventet militær nytte av angrepet.²⁰⁶

Når det gjelder krigens rasjonalitet vil dette åpenbart utfordre etterlevelsen av bestemmelsen når konflikten er av en slik karakter at sivilbefolkningen i seg selv er et angrepsmål mellom de stridende, f eks i etniske konflikter som Rwanda. Forbudet mot vilkårlige angrep vil i et slikt tilfelle direkte neglisjeres. En helt annen utfordring vil være vurderinger av hva som kan sies å være militære mål dersom militær nedkjempelse av fienden ikke nødvendigvis er det strategiske målet med konflikten, som ofte vil være tilfelle²⁰⁷ ved vestlige intervensjoner.²⁰⁸ Usikkerhet om det strategiske målet kan føre til

²⁰³ Motparten vil i mange sammenhenger ikke ha en lett identifiserbar organisert styrke eller kommando og kontrollstruktur Smith (2007) s. 328

²⁰⁴ I denne sammenheng er også retningslinjene angående kontinuerlig stridsfunksjon fra ICRC viktige, spesielt mht. lovligheten av å angripe stridende og deres tilholdssteder i tidsrom hvor de ikke kan sies å være aktivt engasjert i kamp, men befinner seg ved et skjulested, er hjemme eller under generell forflytning i et operasjonsområde.

²⁰⁵ Smith (2006) s. 278-283

²⁰⁶ Fleck (2008) s. 252, para 511

²⁰⁷ I kontrast til en nedkjempelse av motstanderen militært som et overordnet mål, vil målsetningen med bruken av militærmakt i slike konflikter mer handle om å etablere en situasjon som i tilstrekkelig grad tillater at andre virkemidler og aktører kan operere. Det kan bety å skape rom for diplomatiske initiativ, institusjons- og samfunnsbygging, og normale tjenesteproduksjon i et sikkert miljø.

mer vilkårlig angivelse av operasjonelle eller taktiske militære mål, og føre til en uklar terskel for hva som skal være vilkår for dette. Fordelen med å angripe målet må iht. bestemmelsen være en merkbar og bestemt (konkret) *militær* fordel, og som direkte gir en relativt rask positiv effekt for egne militære aktiviteter, som for eksempel å svekke motstanderen militært eller vinne terreng. Det kan ikke være en hypotetisk, ubestemt eller spekulativ fordel. Dette underbygger videre at det bør være reservasjoner mot å vurdere eventuelle økonomiske, psykologiske, sosiale, eller politiske betydninger målet²⁰⁹ innehar, da det vil kunne utvide omfanget til et ubegrenset antall potensielle mål, og således undergrave distinksjonsprinsippet. På den annen side hevder Solis²¹⁰ at økonomiske mål kan være legitime, men de må da bidra effektivt til de militære operasjoner, og et angrep må gi en merkbar direkte militær fordel. Dette gir begrensninger som likevel gjør at den generelle industriproduksjonen eller matproduksjonen ikke kan angripes. En militær fordel kan imidlertid også vurderes i en helhet, og ikke nødvendigvis bare ift. det enkelte angrep i seg selv.²¹¹ Om det strategiske målet med konflikten er uklart kan dette imidlertid føre til usikkerhet på hvilken måte militær makt skal benyttes, og hvilke mål som skal understøttes med militære midler, både i operasjonsområdet generelt, men også taktisk i en konkret operasjon. Å vurdere hva som er en militær fordel vil dermed kompliseres.

Det kan også ses eksempler på at asymmetrien i teknologi og ressurser har ført til en debatt om militære mål, og føre til en utvidelse av omfanget til krigsoppretholdene områder i den økonomisk og politiske sfæren. Israels angrep på kraftstasjoner og vannforsyningssystemer ved konflikten i 2006 med Libanon, er eksempelvis hevdet legitime pga. særegenheter ved den asymmetriske forskjell mellom et teknisk avansert Israel på den ene siden, og ikke-statlige Hizbollah på den andre. Men fordi noe er *mulig* trenger ikke det å være legitimerende av den grunn, og vil ikke være ansett som lovlig. En slik utvidelse raskt spørsmålstegn med hele differensieringen mellom militære og sivile mål.²¹²

²⁰⁸ Smith (2006) s. 270-278

²⁰⁹ Kolb (2008) s. 131

²¹⁰ Solis (2010) s. 522

²¹¹ Fleck (2008) s. 186 para 444

²¹² Fleck (2008) s. 185 para 443(8)

Et annet aspekt med asymmetrien er som nevnt i kap XX også våpenteknologi og krigføringemetode hos den ikke-statlig aktøren. Normalt vil denne ha mindre sofistikerte våpen som fort kan bryte bestemmelsene om å ikke benytte våpen eller metode som ikke er i stand til å diskriminere mellom militære og sivile mål.²¹³ Hizbollahs angrep på byer i Israel med raketter er et eksempel på dette. Selv om ikke et våpen er eksplisitt forbudt skal det alltid vurderes mot prinsippet om distinksjon og unødvendig lidelse. ICJ henviser til at forbudet mot våpen som har en vilkårlig effekt et prinsipp som ”*constitutes an intransgressible principle of international customary law.*”²¹⁴ Eksempelvis konkluderte ICTY i *Martic*²¹⁵ også med at bruk av M-87 Orkan²¹⁶ i et tett befolket område var ulovlig.

“ (...) *that the weapon was fired from the extreme of its range (...) being a non-guided high dispersion weapon (...) by virtue of its characteristics and the firing range (...) was incapable of hitting specific targets (...) M-87 Orkan is an indiscriminate weapon, the use of which in densely populated civilian areas (...) will result in the infliction of severe casualties...* ”

2.3.2.2 Hvordan ivareta hensynet til proporsjonalitet?

Selv om militære mål er legitime mål må et angrep på disse likevel også alltid vurderes ift. *proporsjonalitetsprinsippet* for å anses som lovlig. Distinksjonsprinsippet er fundamentert på formålet om å beskytte sivile mot negative effekter av krigføringen. Ved angrep på militære mål må det derfor eksistere begrensninger ift. potensielle sideeffekter for å ivareta distinksjonsprinsippet formål. Proporsjonalitetsprinsippet er identifisert som sedvane jf. ICRC 2005 regel 14;²¹⁷ og tilsvarer bestemmelsen i Tilleggsprotokoll nr. I artikkel 51(5)(b);

²¹³ I tillegg til det generelle forbudet ift. bruk av midler og metoder som er forbudt, er det også en egen regel for våpen som i sin natur mangler evne til å diskriminere mellom sivile og militære mål.

ICRC 2005, Rule 71. The use of weapons which are by nature indiscriminate is prohibited

²¹⁴ ICJ 1996 Nuclear weapons advisory opinion, para 78-79

²¹⁵ ICTY 2007 TC, *Prosecutor v. Martić*, para 463

²¹⁶ The M-87 Orkan is a non-guided projectile, the primary military use of which is to target soldiers and armoured vehicles. Each rocket may contain either a cluster warhead with 288 so called bomblets or 24 anti-tank shells (ICTY 2007, *Prosecutor v. Martić*, para 462)

²¹⁷ Se også San Remo, regel 2.1.1.4.

”Rule 14. Launching an attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated, is prohibited“

Kravet er følgelig at et angrep vil være forbudt dersom den skade eller ødeleggelse som *forventes* påført ellers beskyttede personer eller gjenstander, ikke er *uforholdsmessig stor* ift. det som er nødvendig, for å oppnå den *forventede, direkte, og konkrete militære* fordel. De rettslige utfordringene er først og fremst knyttet til operasjonaliseringen av en slik regel, som i sin natur vil være fundamentert på nokså store skjønnsmessige vurderinger, og lite objektive referanserammer når det ikke er snakk om helt ekstreme tilfeller.²¹⁸

For det første vil en etterlevelse av regelen basere seg på til dels krevende *spekulasjoner* om potensielle effekter i fremtiden for de som er ansvarlig for beslutningen om å foreta angrepet. I en vurdering av de faktiske forhold i en gitt tilfelle, må det også tas hensyn til de gjeldende forhold og informasjon som var tilstede, og tilgjengelig, ved beslutningspunktet, ikke slik eventuelt fakta fremstår i etterpåklokskapens lys. For det tredje vil det i vurderingen av militær fordel, også være avgjørende at effekten for hele operasjonen legges til grunn, og ikke kun den direkte effekten fra det isolerte angrepet. Dette gir en stor diskresjon til den militære kommando i å vurdere hva som kan anses å være et proporsjonalt angrep. Dette kompliseres ytterligere av at situasjonen under vurdering, ofte vil være preget av en tilstedeværelse av alle kategorier aktører og gjenstander, med tilhørende hensyn som skal ivaretas. Dette skal i tillegg vurderes samlet opp mot en forventet militær nytte for operasjonen som en helhet.²¹⁹

Grunnet de nevnte strategiske og operasjonelle utfordringene er det ikke urimelig å anta at en vurdering av disse skjønnsmessige kriteriene blir ytterligere utfordret i en ikke-internasjonal væpnet konflikt. Når motstanderen er vanskelig å identifisere og separere fra en sivilbefolkning, og operasjonsområdet ofte vil være i urbane strøk, kan

²¹⁸ Det kan nevnes at det her er forskjellige meninger om den konkrete definisjonen, selv om prinsippet som sådan er bredt akseptert. Bestemmelsen baserer seg på art 57(1), hvor det har vært stor uenighet, og hvor sterke militære stater som India, Israel og USA ikke har ratifisert protokollen, jf. Rogers (2008) s. 209.

²¹⁹ Fleck 2008) s. 205, para 456(2)

dette gi en meget høy kompleksitet i vurdering av proporsjonalitet. Det gjør det likevel ikke mindre nødvendig eller pålagt.²²⁰ I en internasjonal væpnet konflikt kan brudd på proporsjonalitetsprinsippet anses som en krigsforbrytelse, jf ICC artikkel 8(2)(b)(iv). Det bør imidlertid bemerkes at ICC her bruker definisjonen ”*clearly excessive*”, blant annet som et resultat av forhandlinger med stater som ikke ratifiserte Tilleggsprotokoll nr. I. I statuttene til ICC er imidlertid dette ikke inkludert som krigsforbrytelse i en ikke-internasjonal væpnet konflikt. Cassese²²¹ mener her at ICC ikke er i takt med gjeldende rett, og viser da til ICTY og den moralske feilen i å ikke behandle disse områdene likt.

2.3.3 Krav om forholdsregler ved planlegging av militære operasjoner

For at distinksjonsprinsippet skal kunne implementeres å ha reell effekt, må det utover hensyn i selve *utførelsen* av militære operasjoner også pålegge en *plikt* til å ta *forholdsregler* i planleggingen. I ikke-internasjonale væpnede konflikter er dette prinsippet konvensjonsfestet både i kulturvernkonvensjonen²²² og konvensjonen om forbud og restriksjoner på bruk av visse konvensjonelle våpen.²²³ Dette er også ansett som sedvanerett.²²⁴ Bestemmelsene reflekterer også artikkel 57 i Tilleggsprotokoll nr. I. Hovedregelen er uttrykt i ICRC regel 15;

“In the conduct of military operations, constant care must be taken to spare the civilian population, civilians and civilian objects. All feasible precautions must be taken to avoid, and in any event to minimize, incidental loss of civilian life, injury to civilians and damage to civilian objects.”

Oppsummert sier bestemmelsene for det første at alle parter skal 1) gjøre alt som er mulig for å verifisere at angrepet rettes mot et militært mål, og 2) ta alle forholdsregler i valg av midler og metoder i angrepet for å unngå, eller minimere, skade og ødeleggelse på sivile og sivile gjenstander, og 3) gjøre alt som er mulig for å vurdere om angrepet utføres iht. proporsjonalitetsprinsippet, og 4) gjøre alt som er mulig for å stoppe eller utsette angrepet, dersom det blir tydelig at målet ikke er militært, eller

²²⁰ Fleck (2008) s. 250, para 509(10)

²²¹ Cassese (2008) s. 97

²²² jf. Tilleggsprotokoll av 1999, art. 7

²²³ Tilleggsprotokoll II av 1996, art. 3(10)

²²⁴ ICRC 2005 regel 15 til 21, se også San Remo 2.1.2. Regel 21 er imidlertid omstridt og vil bli omtalt i teksten.

proporsjonalitetsprinsippet ikke kan ivaretas, og 5) gi en effektiv advarsel om angrepet dersom omstendighetene tillater det, og 6) velge det militære målet som gir minst fare for sivile og sivile objekter, når valg mellom flere militære mål er mulig, for å oppnå samme militære nytte.

For det første kan det bemerkes at spesifiseringen av bestemmelsen har et mer snevert omfang enn formålsbestemmelsen, ved at de mer detaljerte bestemmelsene er rettet mot et *angrep*, mens det i formålsbestemmelsen er snakk om forholdsregler i militære *operasjoner*. Dette indikerer at formålsbestemmelsen gir et generelt pålegg som strekker seg utover de mer konkrete angivelsene av forholdsregler som skal ivaretas ifm. planlegging eller beslutning om et bestemt angrep.²²⁵ Videre er det sentralt å avklare hva som menes med ”gjøre alt som er mulig”. Med dette menes hva som i praksis er gjennomførbart, når en tar i betraktning alle omstendigheter på det gitte tidspunkt, inkludert humanitære og militære hensyn.²²⁶ Dette gjør bestemmelsen også meget åpen ift. skjønnsmessige vurderinger, og begrensninger på omfanget av plikten.

Mht. å verifisere at målet er militært, blir det avgjørende å angi hva som kan anses å være tilstrekkelig informasjon for å ta en avgjørelse, og graden av tvil. Det betinger da et krav om å foreta nødvendige handlinger for å få, og benytte, tilgjengelig og tilstrekkelig etterretningsinformasjon, inntil en subjektiv sikkerhet som ikke inneholder stor tvil om målets natur er etablert.²²⁷ Et angrep som gjennomføres uten tilstrekkelig sikkerhet om at målet er militært, vil være ulovlig. Mht. utfordringene i ikke-intern væpnet konflikt kan dette ofte være problematisk for en part med lite ressurser til etterretning. På den annen side vil også en part som kjemper mot en irregulær styrke også kunne ha store problemer med å skaffe tilstrekkelig med etterretningsinformasjon, men da pga at de irregulære styrkene benytter seg av en krigføringsmetode som kompliserer arbeidet med å skille ut de stridende fra sivilbefolkningen, og tilhørende infrastruktur. Så lenge mye av operasjonsområdet også er blant sivilbefolkningen vil det å skille mellom infrastruktur for sivilt eller militært formål, bli meget komplisert. Dette vil også være tilfelle mht. forpliktelsen om å velge

²²⁵ Quèguiner (2006) s. 796-797

²²⁶ Fleck (2008) s. 252, para 510(3)

²²⁷ Fleck (2008) s. 209, para 457(3)

midler og metoder som gir minst mulig skade, og vurderinger om å ivareta proporsjonalitetsprinsippet, jf. diskusjonen i forrige kapittel.

Mht. valg av midler og metoder vil det også være meget vanskelig å vurdere kriterier for valg. Åpenbart kan imidlertid for eksempel valg av tidspunkt, og mengde av sivile tilstede, være sentrale vurderingsfaktorer.²²⁸ Fleck (2008) hevder at også ROE *kan* ha betydning mht. å vurdere om en part følger bestemmelsen.²²⁹ I så fall er det ikke *utenkelig* at strategier som COIN, forutsatt nedfelt i engasjementsreglene, også vil kunne bli ett av flere vurderingskriterier mht. om styrkene etterlever bestemmelsen om tilstrekkelig forholdsregler. Når det gjelder valg av våpen foreligger det ikke et krav til å velge det mest avanserte som finnes. Kravet er relativt, og henspeiler på at en part, av det som er praktisk tilgjengelig, skal velge det som vil oppfylle proporsjonalitetsprinsippet best. Den asymmetriske forskjellen på partene i en intern konflikt, kan muligens tenkes å invitere til å benytte et mindre sofistikert våpen enn hva som er tilgjengelig, siden motstanderen benytter det. I så fall er dette et brudd på bestemmelsen. De stridende skal vurderes ift. sine egne reelle valgmuligheter.²³⁰ Fleck (2008)²³¹ hevder derfor også at det kan stilles høyere krav til høyteknologiske parter, enn krigførende parter som har et lavere teknologisk modenhetsnivå. Det betyr imidlertid ikke et fritak for ansvar til å følge *andre* bestemmelser, som for eksempel forbud mot bruk av våpen som vurderes å være vilkårlig.

Det skal også bemerkes at når det gjelder kravet til å velge det militære målet som gir minst skade, dersom flere alternativer er akseptable, er omstridt. ICRC definerer det som *arguably* sedvanerett.²³² De støtter seg imidlertid her på ICTY og saken mot *Kupresic*, hvor ICTY mener at artikkel 57 og 58 i tilleggsprotokoll nr. I representerer sedvanerett for ikke-internasjonale væpnede konflikter.²³³

²²⁸ Quèguiner (2006) s. 800

²²⁹ Fleck (2008) s. 210, para 457(4)

²³⁰ Quèguiner (2006) s. 801-802

²³¹ Fleck (2008) s 190, para 447(1)

²³² For øvrig en noe merkelig benevnelse. I en slik samling av regler bør det vel kunne forventes at enten er noe vurdert til å anses som sedvane, eller så er det det ikke.

²³³ ICTY 2000 *Prosecutor v. Kupresic*, para 524

2.3.3.1 Krav om forholdsregler mot effekter av krigføring

I distinksjonsprinsippet ligger også krav om å beskytte sivilbefolkningen, jf. art. 48, og ”(...) *to ensure respect for and protection of (...)*”. Regler om forholdsregler mot effekter av krigføring er i ikke-internasjonale væpnede konflikter konvensjonsfestet i kulturvernkonvensjonen,²³⁴ og *delvis* identifisert som sedvanerett i studien til ICRC.²³⁵ Bestemmelsene reflekterer også art. 58 i Tilleggsprotokoll nr. I.

Det følger av dette krav om at partene i en konflikt skal 1) ta alle mulige forholdsregler for å beskytte sivile og sivile objekter *de selv utøver kontroll over*, fra effekter av angrep, og mer konkret til dette, 2) i den grad det er mulig, unngå å lokalisere militære objekter i tett befolkede områder, og 3) i den grad det er mulig, flytte sivile og sivile objekter fra nærhet til militære objekter.

Bestemmelsen retter seg altså mot sivile partene selv kontrollerer, og er mer rettet mot defensive militære operasjoner. Bestemmelsen er dermed også knyttet til forbudet mot menneskelige skjold.²³⁶ Det er også blitt argumentert med at i moderne kriger er det ikke lenger mulig å skille mellom militære og sivile mål mht. infrastruktur, og forbudet mot å plassere eller beholde militære objekter blant sivile, i praksis vil forby selvforsvar. Her må kravet vurderes opp mot betingelsen ”forholdsregler opp til maksimum av hva som er praktisk mulig”.²³⁷

Uavhengig om de mer spesifikke reglene kan sies å være rettslig avklart mht. gyldighet i ikke-internasjonale væpnede konflikter, vil de gjeldende militærstrategiske retningslinjene for opprørsbekjempelse understøtte disse reglene. Den nevnte asymmetriske utfordringen, og strategiske mål for slike konflikter, vil på mange måter gjøre en sivilbefolkning som et instrumentelt verktøy for begge parter. For opprørerne vil det kunne være et strategisk mål å terrorisere, mens det som strategisk mål og taktikk ved opprørsbekjempelse er å vinne befolkningens tillitt. Denne skal sikres gjennom minst mulig skader og ødeleggelser på sivile, og beskyttelse blir meget sentralt. I et seminar om utfordringer i moderne konflikter uttalte for eksempel tidligere

²³⁴ jf. Tilleggsprotokoll av 1999, art. 7

²³⁵ ICRC støtter seg her til den tidligere refererte dommen i Kupresic hvor ICTY fremhever at art. 57 og 58 er å anse som sedvanerett for ikke-internasjonal væpnet konflikt.

²³⁶ ICRC 2005 regel 97

²³⁷ Fleck (2008) s. 252, para 510(3)

kontingentsjef for de norske styrker i Afghanistan, at ISAF nå så mye som mulig avsto fra å bruke helikopter i *close air support* (CAS) i militære operasjoner, på grunn av risikoen for skaden på sivile, også når dette økte sikkerhetsrisikoen for egne styrker. Etterlevelsen kommer dermed faktisk også som et resultat av at humaniteten og militær nødvendighet går i *parallel*, og *ikke* er to motstridende hensyn som skal balansere, fordi dette også er valg som gir mest militær nytte ift. den totale militære fordel – altså en invers rasjonell logikk ift. tradisjonell konvensjonell krigføring.

2.3.4 Oppsummering

Som diskusjonen over har vist, vil det innenfor flere områder være utfordringer ved distinksjonsprinsippet i krysningspunktet mellom militærstrategiske forhold, og mer detaljerte regler som operasjonaliserer distinksjonsprinsippet. En forenklet oversikt over slike kan illustreres slik, uten dermed å indikere at den på noen måte er uttømmende:

Utfordring Type regel	Hvem er de stridene?	Konfliktens rasjonalitet	Asymmetrisk krigføring og operasjonsområde	Mil/Siv innsats
Forbud mot direkte angrep	<ul style="list-style-type: none"> - sivile personer blir feilaktig angrepet som militære mål - sivile objekter blir indirekte feilaktig angrepet som militære mål 	<ul style="list-style-type: none"> - sivile personer og objekter bevisste mål - brudd på fundamentale garantier - forbrytelser mot menneskeheten - folkemord 	<ul style="list-style-type: none"> - terrorisering av sivile for å skremme til lojalitet - brudd på fundamentale garantier 	<ul style="list-style-type: none"> - sivile objekter blir direkte mål for å undergrave positiv effekt ovenfor sivilbefolkning - sivile blir oppfattet som del av fiendtlig part
Forbud mot vilkårlig angrep	<ul style="list-style-type: none"> - Sivile mål feilaktig angrepet som antatt militære mål - sivile blir rammet tilfeldig utover rammen for proporsjonalitet 	<ul style="list-style-type: none"> - neglisjering - utvidet omfang av militære mål - ikke spesifikt militære mål - 	<ul style="list-style-type: none"> - utvidet omfang av militære mål - ikke spesifikt militære mål - bruk av våpen som ikke evner å skille - ukontrollerbare effekter 	
Plikt til å foreta forholdsregler	<ul style="list-style-type: none"> - feil målvalg - feil vurdering av effekt - feil vurdering av proporsjonalitet t 	<ul style="list-style-type: none"> - neglisjering - utvidet omfang av militære målvalg - ikke spesifikt militære målvalg 	<ul style="list-style-type: none"> - mangelfull evne til planlegging - mangelfull etterretning 	
Forbud mot angrep på humanitær innsats				<ul style="list-style-type: none"> - sivile blir oppfattet som del av fiendtlig part

Tabell 2 – Utfordringer for distinksjonsprinsippet ift. sentrale regler for krigføring

3 Avslutning

I denne oppgaven har jeg forsøkt å trekke opp en del problemstillinger tilknyttet humanitærrettens distinksjonsprinsipp, og hvordan dette vil møte utfordringer i et krysningspunkt mellom de rettslige og mer militærstrategiske forhold.

Den rettslige reguleringen av ikke-internasjonale væpnede konflikter er i liten grad konvensjonsbasert, i sterk kontrast til reguleringen av *internasjonale* væpnede konflikter. Imidlertid har utviklingen innen sedvanerett siden Tilleggsprotokoll nr. II vist at reglene for de stridendes midler og metoder og siviles beskyttelsesvern i stor grad er blitt parallelle. Den rettslige betydningen av konfliktstatus er derfor blitt mindre, inkludert også forskjellen på interne konflikter, mellom borgerkrig, og såkalte felles artikkel 3 konflikter. Dette har i økende grad også medført at det stilles spørsmålstegn med den eksisterende dikotome reguleringen av væpnet konflikt.

“It follows that in the area of armed conflict the distinction between interstate wars and civil wars is losing its value as far as human beings are concerned. Why protect civilians from belligerent violence, or ban rape, torture or the wanton destruction of hospitals, churches, museums or private property, as well as proscribe weapons causing unnecessary suffering when two sovereign States are engaged in war, and yet refrain from enacting the same bans or providing the same protection when armed violence has erupted “only” within the territory of a sovereign State? (...) it is only natural that the aforementioned dichotomy should gradually lose its weight.”²³⁸

Selv om reglene i hovedsak er blitt like vil interne konflikter likevel kunne ha sine spesielle karakteristika, som i større eller mindre grad også kan være en utfordring for etterlevelsen av det grunnleggende prinsippet om distinksjon mellom militære og sivile mål, og siviles beskyttelsesvern for effekter av krigføringen. Utfordringene med å identifisere hvem som er stridende, gir for eksempel etterlevelse av forbudet mot direkte og vilkårlig angrep spesielt vanskelig. Uklarheter i strategiske mål, og konfliktens rasjonalitet vil på den annens side først og fremst kunne gi økt kompleksitet i skjønnsmessige vurderinger mht. etterlevelsen av de ulike bestemmelsene, spesielt mht. proporsjonalitet og forholdsregler. I tillegg er det også klart at den iboende evnen og egenskaper hos partene i en intern konflikt kan være veldig forskjellig, det samme mht.

²³⁸ ICTY 1995 *Prosecutor v. Tadic*, para 97

den grunnleggende motivasjon for å etterleve bestemmelsene. At prinsippet møter stadig nye utfordringer har imidlertid ikke slått tvil om prinsippets gyldighet, snarere tvert imot. I parallell med brudd på prinsippet følger alltid en like sterk fordømmelse av bruddene.²³⁹

Den senere utviklingen innen måten krigføring blir gjennomført på, og en del av de militærstrategiske tilnærminger som ligger bak, er også et eksempel på at humaniteten og militære hensyn i enkelte tilfeller kan gå i parallell, i motsetning til den tradisjonelle oppfatning at hensynet til humaniteten og militær nødvendighet må avstemmes, og finne sin hårfine balanse.

²³⁹ Quéguiner (2008) s. 176

4 Litteraturliste

Bøker:

Cassese, Antonio *International Criminal Law*. 2nd ed, Oxford: Oxford University Press, New York, 2008

Crawford Emily, *The treatment of combatants and insurgents under the LOAC*, Oxford, 2010

Dahl, Arne W. *Håndbok i militær folkerett*. 2. utg. Oslo, Cappelen, 2008

Delissen og Tanja (ed). *Humanitarian LOAC – challenges ahead*, TMC Asser Inst – Essays in honor of Frits Kalshoven, 1991

Fleck, D. *The Handbook of International Humanitarian Law*. (2nd ed.). Oxford: Oxford University Press, 2008

Green Leslie C. *The contemporary LOAC*, 3rd ed, 2008

Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck, Louise: *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, ICRC and Cambridge University Press, 2005

Johansen, Sigrid R. og Staib, Jacob T. *Jus og Militærmakt*, Gyldendal, 2009

Kolb, Robert & Hyde, Richard. *An introduction to the international law of armed conflicts*. Hart pub. 2008

Matlary, Janne Haaland. *European Union Security Dynamics*. Hampshire, Palgrave MacMillan, 2009

Quèguiner, Jean-F. *The Principle of Distinction: Beyond an Obligation of Customary International Humanitarian Law*. i Hensel, Howard M. (ed) in *The Legitimate Use of Military Force*, Ashgate Ltd, Hampshire, England, 2008

Rogers, A.P.V. *The Principle of Proportionality*. i Hensel, Howard M. (ed): *The Legitimate Use of Military Force*, Ashgate Ltd, Hampshire, England, 2008

Ruud og Ulfstein. *Innføring i folkerett*, 2. utg. Oslo, Universitetsforlaget, 2002

Sassòli, M. & Bouvier, A. *How Law Protect in War*, 2nd ed, ICRC, Geneva, 2006

Smith, Rupert. *The utility of Force – The art of war in the modern world*, Penguin books, London, 2006

Solis Gary D. *The law of armed conflict*, Cambridge University Press, 2010

US Army. *The U.S. Army and Marine Corps Counterinsurgency Field Manual* Army Field Manual No. 3-24, University of Chicago press, 2007

Dommer:

- ICJ 1996 Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders: *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 8. July 1996
- ICJ 1986 Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders: *Military and Paramilitary Activities in und against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, 27. June 1986
- ICTY 1995 Appeals Chamber (AC), *Prosecutor vs Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, Oct 2. 1995
- ICTY 1997 Trials Chamber (TC), *Prosecutor vs Tadic, Opinion and Judgement*, 7 May 1997, Case No. IT-94-1-T
- ICTY 1999 Appeals Chamber (AC), *Prosecutor vs Tadic, Judgement*, July 15. 1999, Case No. IT-94-1-A
- ICTY 2000 Trials Chamber (TC), *Prosecutor vs Kupresic – Judgement*, 14 Jan 2000, Case No. IT-95-16-T
- ICTY 2007 Trials Chamber (TC), *Prosecutor v. Martić, Judgement*, June 12. 2007, Case No. IT-95-11-T

Artikler/Rapporter:

Dinstein, Y., Garraway, H., & Schmitt, M. (2006). *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict, With Commentary*. Sanremo: International Institute of Humanitarian Law.

FN UN doc S/1999/957

Marshall, Monty G. & Cole Benjamin R. *Global Report 2009 Conflict, Governance, and State Fragility*. Center for Systemic Peace, 2009

Krulak, Charles C. (1999): "*The Strategic Corporal: Leadership in the Three Block War*" Marines Magazine, January 1999

http://www.au.af.mil/au/awc/awcgate/usmc/strategic_corporal.htm (hentet 19/11-2010)

Quèguiner, Jean-F. (2006): "*Precautions under the law governing conduct of hostilities*", i IRRC Volume 88 Number 864, Desember 2006

Solana, Javier (2008). *Report on the Implementation of the European Security Strategy*, Brussel 11 desember 2008, S407/08

<http://www.consilium.europa.eu/showPage.aspx?id=266&lang=EN>

Konvensjoner

St. Petersburg deklarasjonen av 29. november 1868

Fjerde Haagkonvensjon om krigførringsregler til lands; Landkrigsreglementet

Genèvekonvensjonene av 12. august 1949 (I-IV)

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 4. november 1950

Kulturverdikonvensjonen av 14. mai 1954

Wienkonvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969

Tilleggsprotokoll nr. I til Genèvekonvensjonen hva angår beskyttelse av ofre for internasjonale væpnede konflikter av 8. juni 1977

Tilleggsprotokoll nr. II til Genèvekonvensjonen hva angår beskyttelse av ofre for ikke-internasjonale væpnede konflikter av 8. juni 1977

Våpenkonvensjonen med protokoller av 10. oktober 1980

Tilleggsprotokoll nr. II av 26. mars 1999 til Kulturverdikonvensjonen av 14. mai 1954

Tillegg til artikkel 1 av 21. desember 2001 til Våpenkonvensjonen av 10. oktober 1980

5 Lister over tabeller og figurer m v

Tabell 1 – Summarisk oversikt over konfliktsstatus – *internasjonalisering*30

Tabell 2 – Utfordringer for distinksjonsprinsippet ift. sentrale regler for krigføring56

6 Vedlegg

A. Sedvanerettsregler i ICRC 2005 (utvalg)

Distinksjonsprinsippet

Å skille mellom sivile og stridende

Regel 1. Partene i konflikten skal til enhver tid skille mellom sivile og stridende. Angrep kan kun rettes mot stridende. Angrep skal ikke rettes mot sivile. [IAC/NIAC]

Regel 2. Voldshandlinger eller trusler om vold som har som hovedhensikt å spre terror blant sivilbefolkningen, er forbudt. [IAC/NIAC]

Regel 3. Alle medlemmer av de væpnete styrker til en part i konflikten er stridende, med unntak av sanitetspersonell og sjelesørgere. [IAC]

Regel 4. De væpnete styrker til en part i konflikten består av alle organiserte væpnete styrker, grupper og enheter som er under en kommandostruktur med ansvar overfor vedkommende part når det gjelder de underordnedes opptreden. [IAC]

Regel 5. Sivile er personer som ikke er medlemmer av de væpnete styrker. Sivilbefolkningen omfatter alle sivilpersoner. [IAC/NIAC]

Regel 6. Sivile er beskyttet mot angrep, med mindre, og så lenge de ikke direkte tar del i fiendtlighetene. [IAC/NIAC]

Å skille mellom sivile gjenstander og militære mål

Regel 7. Partene i konflikten skal til enhver tid skille mellom sivile gjenstander og militære mål. Angrep kan kun rettes mot militære mål. Angrep skal ikke rettes mot sivile gjenstander. [IAC/NIAC]

Regel 8. Når det gjelder gjenstander, er militære mål begrenset til de gjenstander som ut fra sin art, plassering, formål eller bruk utgjør et effektivt bidrag til militære aksjoner, og som total eller delvis ødeleggelse, erobring eller nøytralisering av, etter de rådende omstendigheter byr på en avgjort militær fordel. [IAC/NIAC]

Regel 9. Sivile gjenstander er enhver gjenstand som ikke er militært mål. [IAC/NIAC]

Regel 10. Sivile gjenstander er beskyttet mot angrep så fremt og så lenge de ikke er militært mål. [IAC/NIAC]

Vilkårlige angrep

Regel 11. Vilkårlige angrep er forbudt. [IAC/NIAC]

Regel 12. Vilkårlige angrep er:

- (a) angrep som ikke er rettet mot et spesifikt militært mål;
- (b) angrep som tar i bruk en kampmetode eller et kampmiddel som ikke kan rettes mot et spesifikt militært mål; eller
- (c) angrep som tar i bruk en kampmetode eller et kampmiddel som har virkninger som ikke kan begrenses slik internasjonal humanitær rett krever det; og som derfor i hvert slikt tilfelle er av den art at det rammer militære mål og sivilpersoner eller sivile gjenstander på tilfeldig måte. [IAC/NIAC]

Regel 13. Angrep ved bombardement ved hjelp av metoder eller midler som behandler som et enkelt militært mål en rekke klart avgrensede og tydelige militære mål plassert i en by, landsby eller annet område som inneholder en lignende konsentrasjon av sivilpersoner eller sivile gjenstander, er forbudt. [IAC/NIAC]

Proporsjonalitetsprinsippet

Regel 14. Det er forbudt å iverksette angrep som kan forventes å føre til tilfeldig tap av sivile menneskeliv, skade på sivile og på sivile objekter, eller en kombinasjon av disse, som ville være uforholdsmessig i forhold til den forventede konkrete og umiddelbare militære fordel. [IAC/NIAC]

Forholdsregler ved angrep

Regel 15. Under utføringen av militære operasjoner skal det tas kontinuerlig omsorg for å skåne sivilbefolkningen, sivilpersoner og sivile gjenstander. Alle praktisk mulige forholdsregler skal tas for å

unngå, og i alle tilfeller minimere, tilfeldige tap av sivile menneskeliv, skade på sivile og på sivile gjenstander. [IAC/NIAC]

Regel 16. Hver av partene i konflikten skal gjøre alt som er praktisk mulig for å få bekreftet at målene er militære mål. [IAC/NIAC]

Regel 17. Hver av partene i konflikten skal ta alle praktisk mulige forholdsregler når de velger krigføringmetoder og -midler for på denne måten å unngå, og i alle tilfeller minimere, tilfeldige tap av sivile menneskeliv, skade på sivile og sivile gjenstander. [IAC/NIAC]

Regel 18. Hver av partene i konflikten skal gjøre alt som er praktisk mulig for å vurdere om angrepet kan føre til tilfeldige tap av sivile menneskeliv, skade på sivile eller sivile gjenstander, eller en kombinasjon av disse, som ville være for omfattende i forhold til den forventede konkrete og umiddelbare militære fordelene. [IAC/NIAC]

Regel 19. Hver av partene i konflikten skal gjøre alt i sin makt for å avbryte eller utsette et angrep hvis det blir klart at målet ikke er et militært mål, eller at angrepet kan forventes å føre til tilfeldige tap av sivile menneskeliv, skade på sivile eller sivile gjenstander, eller en kombinasjon av disse, som ville være for omfattende i forhold til den forventede konkrete og umiddelbare militære fordelene. [IAC/NIAC]

Regel 20. Hver av partene i konflikten skal, med mindre omstendighetene ikke tillater det, umiddelbart og på forhånd advare hverandre om angrep som kan ramme sivilbefolkningen. [IAC/NIAC]

Regel 21. Hvis det er mulig å velge mellom flere militære mål, og hvis oppnåelsen av hvert av målene gir samme militære fordel, skal man velge det målet hvor angrepet er forventet å føre til minst fare for sivile menneskeliv og sivile objekter. [IAC/påstått NIAC]

Forholdsregler mot virkningene av angrep

Regel 22. Partene i konflikten skal ta alle praktisk mulige forholdsregler for å beskytte sivilbefolkningen og sivile gjenstander som er under deres kontroll, mot virkningene av angrep. [IAC/NIAC]

Regel 23. Hver av partene i konflikten skal, i den grad det er praktisk mulig, unngå å plassere militære mål i eller i nærheten av tett befolkede områder. [IAC/påstått NIAC]

Regel 24. Hver av partene i konflikten skal, i den grad det er praktisk mulig, flytte sivilpersoner og sivile gjenstander som er under deres kontroll, bort fra militære mål. [IAC/påstått NIAC]

Norsk utgave av sedvanereglene, utgitt av Norges Røde Kors

<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/customary-law-translations.htm>